

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO EM DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS

Daiane Centa

**PRINCÍPIO DA IGUALDADE E AÇÕES AFIRMATIVAS:  
POSSIBILIDADE DE CONVIVÊNCIA PACÍFICA**

Santa Cruz do Sul, dezembro de 2008

# **Livros Grátis**

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

Daiane Centa

**PRINCÍPIO DA IGUALDADE E AÇÕES AFIRMATIVAS:  
POSSIBILIDADE DE CONVIVÊNCIA PACÍFICA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação Direito – Mestrado, Área de Concentração em Direitos Sociais e Políticas Públicas, Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Clóvis Gorczewski

Santa Cruz do Sul, dezembro de 2008

## **AGRADECIMENTO**

O ser humano faz muito bem em compartilhar seus momentos, sejam eles de angústias ou de felicidade, por isso, quero aqui agradecer a todos aqueles que me auxiliaram nos momentos mais difíceis dessa trajetória e souberam compreender a minha ausência, para que agora, possam compartilhar comigo a alegria e a felicidade de ter concluído mais este trabalho.

Agradeço inicialmente a Deus, fonte de nossa existência, a quem acredito incondicionalmente, por ter colocado ao meu lado pessoas tão especiais.

Agradeço a meus pais Lizete e Generino e meu mano Samuel, que sempre demonstraram a importância do amor de uma família e sempre me apoiaram para que eu pudesse buscar através dos estudos minha realização pessoal. Aos três minha eterna gratidão e amor.

Agradeço a meu noivo Vandr  (Deco) que mais uma vez teve paciência e compreensão diante de minhas ausências e horas de angústia, mas que sempre se mostrou companheiro para que eu pudesse alcançar mais um objetivo que era de cursar e concluir o Mestrado.   ele que entendeu que muitos de nossos planos e o "nosso" projeto de vida começariam quando o Mestrado terminasse, todo meu incondicional amor.

Agradeço a todos os Professores do Mestrado, pelos momentos de crescimento proporcionado durante todo o curso, e que de uma maneira ou outra acabaram contribuindo para esse trabalho. Da mesma forma aos funcionários do Mestrado em Direito da UNISC.

Agradeço finalmente, mas de forma muito especial ao Prof. Dr. Clóvis Gorczewski, mestre incansável e grande incentivador deste trabalho, se mostrando sempre disposto a ensinar e auxiliar, não são a mim, mas a todos aqueles que a

procura de respostas iam. À ele que é a personificação da palavra Professor, meu muito obrigada.

*“Ninguém nasce odiando outra pessoa pela cor de sua pele, ou por sua origem, ou sua religião. Para odiar, as pessoas precisam aprender; e, se elas podem aprender a odiar, podem ser ensinadas a amar, pois o amor chega mais naturalmente ao coração humano do que seu*

*oposto.”*

(Nelson Mandela)

## RESUMO

O Princípio da Igualdade tem se solidificado cada vez mais nas sociedades atuais, ao longo dos anos foi evoluindo até atingir o patamar de ordem máxima das Constituições. Segundo tal princípio todos devem ser tratados de forma igual diante da lei sem que ocorram diferenciações, porém a evolução do próprio conceito foi capaz de transmitir a idéia de que somente podem ser igualados os iguais, devendo haver tratamento desigual para os desiguais, passando de uma igualdade formal para uma igualdade material. Diante dessas situações surgem as chamadas ações afirmativas, instrumentos que ganharam notoriedade nos Estados Unidos da América e passaram a ser discutidos e utilizados com maior frequência a partir de então, e que tem por intuito garantir um tratamento diferenciado para os indivíduos que compõem minorias e que por motivos razoáveis e justificáveis precisam receber um tratamento preferencial para que seja atendido o Princípio da Igualdade. Contudo não tem se mostrado fácil a iniciativa de implantação de tais medidas, pois inúmeros são os argumentos, equívocos e as discussões em torno das mesmas, muitas vezes decorrentes da falta de conhecimento, especialmente porque o Princípio da Igualdade, expresso na Constituição Federal de 1988 não permite, em tese, tratamentos diferenciados se estes não forem convincentes, assim, o que seria uma forma de incluir os indivíduos ou grupos pode acabar se tornando uma nova forma de discriminação, e isso pode vir a gerar a inconstitucionalidade de tais medidas.

*Palavras-chaves:* Princípio da Igualdade, Ações Afirmativas, Constituição Federal de 1988.



## **ABSTRACT**

The principle of equality has increasingly solidified in societies today, over the years has evolved to achieve the maximum level of order in the constitutions. According to this principle everybody should be treated as equal to the law without differentiation, but the concept evolution was able to transmit the idea that only can be matched the same, should be treated unequally for unequal, passing from a formal equality to a material equality. Facing these situations arise so-called affirmative action tools that have gained notoriety in the United States of America and began to be discussed and used more frequently since then, and that is to ensure a different treatment for individuals who are minorities and that for reasonable and justifiable reasons need preferential treatment so that attended the principle of equality. However it has not been easy initiative of setting up such measures, because many are the arguments, misunderstandings and discussions around them, often resulting from lack of knowledge, especially because of the principle of equality, expressed in the Federal Constitution of 1988, does not allow, in theory, different treatment if they are not convincing, thus what would be a way to include individuals or groups can become a new form of discrimination, and this may generate the unconstitutionality of such measures.

*Key words:* Principle of Equality, Affirmative actions, Federal Constitution of 1988

## SUMÁRIO

<a href="#">INTRODUÇÃO</a> .....	8
<a href="#">1 PRINCÍPIO DA IGUALDADE</a> .....	11
<a href="#">1.1 Origem</a> .....	11
<a href="#">1.2 Evolução Histórica</a> .....	15
<a href="#">1.3 A Igualdade como Princípio</a> .....	23
<a href="#">1.4 Tratamentos desiguais</a> .....	28
<a href="#">1.5 A Igualdade Formal e a Igualdade Material</a> .....	31
<a href="#">1.5.1 As garantias sociais</a> .....	34
<a href="#">2 AÇÕES AFIRMATIVAS</a> .....	39
<a href="#">2.1 Conceituação</a> .....	39
<a href="#">2.2 Origem e Evolução</a> .....	47
<a href="#">2.2.1 A experiência norte-americana</a> .....	49
<a href="#">2.3 A Fundamentação das Ações Afirmativas</a> .....	53
<a href="#">2.3.1 Discriminação</a> .....	60
<a href="#">2.4 Argumentos favoráveis e contrários as Ações Afirmativas</a> .....	66
<a href="#">3 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E AS AÇÕES AFIRMATIVAS NO BRASIL</a> .....	83
<a href="#">3.1 Breve evolução das Constituições Brasileiras</a> .....	83
<a href="#">3.1.1 A Constituição Federal de 1988 e a Igualdade</a> .....	87
<a href="#">3.2 Ações Afirmativa e a Igualdade</a> .....	92
<a href="#">3.3 As Políticas Públicas Nacionais</a> .....	97
<a href="#">3.4 A discussão acerca das cotas</a> .....	106
<a href="#">3.4.1 Reserva de vagas para ingresso nas universidades para alunos negros</a> .....	107
<a href="#">3.4.2 Reserva de vagas no mercado de trabalho para portadores de necessidades especiais</a> .....	114
<a href="#">CONCLUSÃO</a> .....	120
<a href="#">REFERÊNCIAS</a> .....	128

## INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho é destacar a importância do Princípio da Igualdade descrito na Constituição Federal de 1988 e discutir a constitucionalidade das Ações Afirmativas em suas diferentes formas e âmbitos de atuação, bem como a necessidade de sua implantação a partir daquele princípio, possibilitando ou não sua inclusão no ordenamento jurídico pátrio, no intuito de promover a inclusão daqueles que estão à margem da sociedade. Analisando assim, se há violação do Princípio da igualdade ao serem implementadas Ações Afirmativas.

Na sociedade atual, não podemos mais admitir que continuem a existir pessoas ou grupos excluídos, especialmente porque a Constituição Federal de 1988 elevou a igualdade ao patamar de princípio constitucional e traz em seu corpo a necessidade de igualdade entre todos os cidadãos perante a lei, descrita de forma expressa.

Contudo, a exclusão social tem atingido um grande contingente de pessoas, as quais são tidas como minorias, especialmente em vista dos interesses que defendem e da pouca voz e representatividade que atingem na sociedade. Mas não se trata, unicamente de um critério quantitativo, e sim qualitativo, onde os pertencentes a esse grupo não tem poder para impor suas necessidades e fazê-la serem cumpridas.

Porém há de se destacar que muito se evoluiu desde os primórdios da vida em sociedade, e justamente por isso trataremos no primeiro capítulo, a igualdade desde seu surgimento e evolução, acompanhando a sociedade, ao longo do tempo, deixando de lado muitas roupagens, entre elas privilégios e diferenciações relativas à classe social e ao sexo, até se transformar não só em igualdade formal, mas também material.

Efetivamente, ao longo dos anos, a sociedade e toda a estrutura social

evoluíram e passou-se a não se considerar mais as atitudes que explicitamente comprovavam situações de desigualdades, justificadas com argumentos no mínimo esdrúxulos. Houve uma tomada de consciência no sentido de que são necessários no mínimo requisitos básicos para a vida em sociedade. Assim os princípios passaram a reger a vida dos cidadãos, não simplesmente por estarem descritos, mas, mais que isso, por estarem arraigados na cultura do país, e dentre eles destacamos o princípio da Igualdade.

No capítulo segundo, abordaremos as denominadas Ações Afirmativas, seu surgimento, e o espaço que vem adquirindo na esfera internacional, influenciando muitos países a desenvolverem políticas as quais têm por intuito tratar de forma diferenciada determinados grupos e/ou indivíduos que, por diversos motivos, encontram-se excluídos e estão à margem da sociedade.

A igualdade é um princípio, devendo ser respeitado para que todas as pessoas tenham um tratamento igual, não sendo possível, por isso, nem mesmo através de ações afirmativas haver desigualdades que venham a prejudicar ou discriminar alguém, pois o que se busca é alcançar uma sociedade justa e afastada de qualquer forma de discriminação ou desigualdade social.

Há divergências acerca da relação entre Ações Afirmativas e Princípio da Igualdade, especialmente sobre a alegação de que está se tratando de vida humana e da infinita luta pelo reconhecimento da igualdade entre todos os indivíduos. Assim, podem ser verificados argumentos favoráveis as ações afirmativas, pois elas permitem tratamentos diferenciados a grupos e/ou indivíduos discriminados, possibilitando-lhes maior acesso a situações que em condições normais não ocorreriam.

Por outro lado, verificam-se argumentos contrários as Ações Afirmativas pois são tidas como uma afronta ao Princípio da Igualdade, uma vez que não havendo possibilidade, na Constituição Pátria, de ocorrer qualquer discriminação entre os

indivíduos, então não se poderia implementar uma discriminação ao contrário em que determinado grupo seria beneficiado em detrimento dos outros.

A questão é das mais instigantes, como demonstraremos. Embora existam posicionamentos pontuais frente a cada um dos instrumentos de políticas de ações afirmativas, são elas às vezes confundidas e reduzidas ao sistema de cotas, que gera muitas críticas. Mas a dúvida que se apresenta é a de que, se de forma geral, as ações afirmativas afrontam a igualdade, sendo esta um princípio constitucional.

Já, o capítulo terceiro traz apontamentos relativos as Constituições Brasileiras, especialmente a Constituição Federal de 1988 que traz em seu corpo a necessidade de igualdade entre todos os cidadãos, descrita de forma expressa. Assim, tratamentos diferenciados entre os cidadãos viriam a afrontar tal princípio, tão importante e tantas vezes observado na Carta Constitucional Brasileira.

Considerando que a Constituição Federal de 1988 garante os direitos fundamentais e sociais e possibilita uma vida digna a todos, este capítulo busca analisar o Princípio da Igualdade e fazer um breve estudo acerca de algumas políticas públicas adotadas no Brasil intituladas como Ações Afirmativas. Porém como veremos, precisam urgentemente de maiores estudos e discussões para que não acabem por se transformar em novas formas de discriminação.

O Constitucionalismo Contemporâneo é a Linha de pesquisa adotada, em vista da análise constitucional da igualdade e da possibilidade de violação desse Princípio Constitucional tão importante e necessário para a vida em sociedade.

O método utilizado nesta pesquisa é o hipotético-dedutivo uma vez que parte de estudos gerais acerca do Princípio da Igualdade, para contrapô-lo a situações que envolvam ações afirmativas, construindo hipoteticamente, a possibilidade de as últimas violarem referido Princípio, sendo, portanto inconstitucionais, ou

havendo a possibilidade de convivência pacífica entre ambos. Assim, no arcabouço apresentado pretende-se verificar, dentre as questões levantadas, e após seu falseamento, o que estabelece o ordenamento jurídico pátrio, já que as ações afirmativas, no Brasil são um tema relativamente novo.

# 1 PRINCÍPIO DA IGUALDADE

## 1.1 Origem

A busca pela historicidade do Princípio da Igualdade tem por intuito avaliar a forma como ele foi se desenvolvendo ao longo do tempo até chegar à conceituação atual, analisando toda a luta em torno de sua efetivação. Conforme Comparato, apesar das diferenças culturais e biológicas estabelecidas entre os homens, todos merecem igual respeito, não se reconhecendo superioridade de nenhum sobre os demais.

A igualdade como ideal surge inicialmente em Sólon (640 a.C. – 560 a.C.), pois foi exatamente no período axial que se pode observar um conceito mais definido sobre igualdade entre os homens.

Em suma, é a partir do período axial que o ser humano passa a ser considerado, pela primeira vez na História, em sua igualdade essencial, como ser dotado de liberdade e razão, não obstante as múltiplas diferenças de sexo, raça, religião ou costumes sociais. Lançavam-se, assim, os fundamentos intelectuais para a compreensão da pessoa humana e para a afirmação da existência de direitos universais, porque a ela inerentes.

Essa noção de direito de ser respeitado de forma igual, ao se manifestar de forma escrita, como lei, atinge a todos de modo geral e uniforme e, de acordo com Comparato, na Grécia, especialmente em Atenas, a lei escrita é a possibilidade de se tratar de forma igual todos, impedindo que os mais fortes se sobreponham sobre os mais fracos. Também havia leis não escritas, que significavam tanto costumes juridicamente relevantes ou leis universais de caráter religioso, que por sua generalidade e caráter absoluto, não eram promulgadas em uma só nação.

Porém, essas leis não escritas foram perdendo seu caráter religioso, passando a ser leis comuns que atingiam todos os povos, chamadas pelos romanos de “*ius gentium*, isto é, o direito comum a todos os povos.” Havendo este

distanciamento das justificativas religiosas fez-se necessário um outro fundamento que tornasse universal a vigência desses direitos. O fundamento passou a ser de uma natureza igual para todos os homens, especialmente em crítica à divisão entre bárbaros e gregos, referindo-se a superioridade dos últimos sobre os outros.

Contudo, esta idéia de igualdade universal somente vai se concretizar muitos séculos mais tarde, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos que trouxe a expressão de que “todos os homens nascem iguais em dignidade e direitos”. No entanto, há algumas situações específicas que, segundo Galupo, trouxeram alterações e fizeram com que o Princípio da Igualdade evoluísse com o passar do tempo, pois

Para assimilarmos corretamente o significado desse princípio e, inclusive, sua possibilidade no processo de fundamentação do direito em uma sociedade pluralista e democrática, devemos ter em mente que a forma de organização social moderna pressupõe, em seu funcionamento, o modelo da igualdade aritmética. Ao contrário do mundo antigo e medieval, na Modernidade a sociedade não é vista, em si mesma, essencialmente hierarquizada, o que pressuporia uma avaliação diferente de cada ser humano. A sociedade moderna se vê, ao contrário, como uma esfera composta essencialmente de seres com o mesmo valor e cujos projetos concorrem em igualdade de condições por sua própria realização, como indica o advento da Reforma Protestante, da Revolução Científica e do Capitalismo.

O Cristianismo trouxe o fim da idéia de “unidade absoluta e transcendental da pessoa divina” e de que Deus privilegiava um único povo em detrimento dos demais, trazendo assim, a universalização da filiação divina, na qual não haviam diferenciações entre as pessoas. No campo divino, passou-se a uma idéia de igualdade entre todos os seres humanos, independente de serem eles homens ou mulheres, senhores ou escravos, havendo uma natureza comum de igualdade de todos perante Cristo.

De acordo com Gorczewski, o Cristianismo universalizou a idéia judaica de que todo ser humano é criado a imagem e semelhança de Deus e, em vista disso, trouxe a máxima da igualdade entre os seres humanos.



Assim, também pensa Fernández, ao afirmar que:

*El Cristianismo, por su parte, va subrayar la igualdad esencial de todos los seres humanos ante Dios. Recoge, profundiza y universaliza la idea judía del ser humano creado a imagen de Dios. Ya desde los primeros siglos del cristianismo, los Padres de la Iglesia desarrollan la noción de persona. Desde el punto de vista cristiano, la imago Dei y la condición personal dotan de un valor absoluto a todo ser humano por el mero hecho de serlo.*

Embora muito correta na teoria, na prática isso não se efetivava, pois durante muitos séculos o Cristianismo admitiu a escravidão, adotou a idéia de ser a mulher inferior em relação ao homem, além da inferioridade dos povos colonizados, em relação aos colonizadores europeus.

Sobre isso, Gorczewski nos traz o seguinte,

A igualdade universal dos filhos de Deus, pregada pelo cristianismo, só valia no plano espiritual, pois a igreja continuou admitindo durante muitos séculos a legitimidade da escravidão, a inferioridade natural da mulher em relação ao homem, bem como a dos povos americanos, africanos e asiáticos em relação aos europeus. Usando a própria Bíblia, teólogos liam na passagem de Gênesis (Gen 9, 25) a justificativa para a escravidão: Canaã expõe a nudez de Noé embriagado e é condenado à servidão.

Frente a esses ensinamentos, podemos verificar que, especialmente em vista do Cristianismo, com a tendência de ver a humanidade como um conjunto no qual estavam inseridos todos os seres humanos, houve ainda assim, uma mudança radical no modelo existente de igualdade.

Galuppo relembra Lutero, para quem as diferenças existentes eram resultado de uma criação humana e que, por isso, não havia distinção entre os cristãos. Embora Lutero pensasse sempre na igreja antes da vida em geral, suas idéias passaram a expandir-se também por outros momentos da vida cotidiana. Essa mudança cultural do conceito de igualdade é referida pelo autor como consequência também da Revolução Científica:

Ora, o fato de no método científico e na sua explicação do mundo não mais se recorrer à qualidade, mas a quantidade revela uma mudança gradativa no conceito de igualdade predominante na sociedade, por que a igualdade geométrica é aquela que atenta antes de mais nada, para a qualidade dos seres, enquanto a igualdade aritmética faz uma referência direta à sua quantidade.

Com o advento de uma maior racionalização do direito e da burocracia, não é mais possível se basear em uma ordem pessoal do líder, calcada em tradições e costumes. Os processos sejam naturais ou sociais são explicados a partir de uma visão real do mundo físico e social e não mais a partir de uma visão da realidade encantada. Esse direito racionalizado traz à tona a necessidade de seguir a regra como fundamento da legitimidade, no qual há a necessidade do cumprimento independente de quem seja o destinatário, com o intuito de se dar um tratamento uniforme para todos os casos que apresentem semelhanças.

Um outro fator foi a consolidação do capitalismo, e com isso torna-se necessária essa igualdade entre todos, conforme descreve o autor supracitado, recordando Carvalho Netto, pois aquele que não tinha bens materiais apresentava-se com sua força de trabalho e poderia utilizá-la como troca, já que era uma espécie de mercadoria que podia ser vendida. Essa igualdade entre homens livres foi forçada a existir para que o capitalismo tivesse respaldo.

Assim, a Modernidade tem a sociedade como um local de pessoas que são aritmeticamente iguais e que compartilham alguns projetos de vida que, segundo Gomes, embora distintos, de forma geral, apresentam igualdade em sua essência. Em consequência disso, se todos têm o mesmo valor, não pode o direito estabelecer distinções entre estas pessoas, sob a égide do princípio da generalidade da lei que, de certa forma, exclui os privilégios em busca de uma generalização, pois “a igualdade deve desempenhar a função de *incluir* os cidadãos nos *direitos*, e não mais de *excluí-los* (de *privilégios*)”.

## 1.2 Evolução Histórica

O século XVIII traz inúmeras Declarações, as quais se baseavam na racionalidade. Os direitos dos homens passam a não ser mais concebidos a partir de um poder divino, mas sim a partir de uma lei natural, a qual todos estão vinculados. De acordo com Gorczewski, é com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, proclamado pela Assembléia Nacional Francesa em 1789, que o ser humano vai ser tido como valor supremo.

Ainda que se tenha conhecimento que há muito já se tratava da igualdade, é com as Revoluções Francesa e Americana que se pode verificar uma construção desse princípio.

Conforme Gomes, o Princípio da Igualdade ganhou notoriedade após essas revoluções, e passou a formar juntamente com o princípio da liberdade "um dos pilares da democracia moderna e componente essencial da noção de Justiça". A idéia da igualdade, a partir da Revolução Francesa e da Americana passou a ser ponto de destaque nas constituições que estavam surgindo. Nesse período é que se pode verificar a construção do conceito de igualdade perante a lei

[...] segundo a qual a lei, genérica e abstrata, deve ser igual para todos, sem qualquer distinção ou privilégio, fazendo o aplicador fazê-la incidir de forma neutra sobre situações jurídicas concretas e sobre os conflitos e inter-individuais.[...].

Tanto as Declarações de Direitos Norte-americana como a Declaração Francesa de 1789 marcam uma emancipação do indivíduo para com os grupos sociais que esteve incluído "a família, o clã, o estamento, as organizações religiosas", mas isso deixou os indivíduos muito mais vulneráveis sem tal proteção, assim a sociedade liberal ofereceu a proteção através da legalidade, garantindo a igualdade de todos perante a lei.

Assim, também ensina Fernández:

*El principio de igualdad ante la ley es fundamentalmente una conquista de las revoluciones liberales frente a las inmunidades y privilegios del*

*Antiguo Régimen. De ahí que, desde un punto de vista histórico, aparezca como un derecho de primera generación.*

*Dicho principio aparecía íntimamente ligado al postulado de la igualdad por naturaleza de los seres humanos propio del iusnaturalismo racionalista.*

*Es en los textos revolucionários franceses en los que por primera vez se enuncia de forma explícita el principio de igualdad ante la ley. Así el artículo 6 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789 establece: “La ley es la expresión de la voluntad general. Todos os ciudadanos tienen el derecho de participar personalmente o por médio de sus representantes en su formación. Debe ser la misma para todos, tanto si protege como si castiga. Todos los ciudadanos al ser iguales ante ella, son igualmente admisibles a todas las dignidades, puestos y empleos públicos, según su capacidad y sin otra distinción que la de sus virtudes y la de sus talentos.*

Dessa forma, o Princípio da Igualdade de todos perante a lei, segundo Bastos teve sua proclamação com a Revolução Francesa. Teve como objetivo, consequentemente impedir que qualquer indivíduo tivesse benefícios a mais que os outros, acabando com todos os privilégios de determinadas classes sociais, o que ocasionou a contestação da legitimidade e da legalidade do sistema de valores existentes naquele período.

Com a Revolução Francesa, as discriminações de nascimento e pertencimento a uma classe social foram derrubadas, passando os indivíduos a não desfrutar de privilégios que não eram dados as demais classes sociais. Assim, a igualdade que se apresentava era “uma situação de identidade de todos perante as possibilidades e os benefícios que a vida oferece”, onde eram, pelo menos teoricamente, dadas condições iguais para que as pessoas pudessem se diferenciar, dentro da lei. Logicamente, quem tivesse meios para adquirir educação ou mesmo fortuna podia fazê-lo, não importando isso em uma lesão a igualdade.

Da famosa tríade liberdade, igualdade e fraternidade foi certamente a igualdade o marco central da Revolução Francesa, uma vez que, conforme Comparato, o espírito da revolução era muito mais de “supressão das desigualdades estamentais do que a consagração das liberdades individuais para todos”. As servidões feudais, a emancipação dos judeus, além da abolição dos

privilégios religiosos foram algumas das desigualdades que foram atacadas imediatamente, contudo a desigualdade entre homens e mulheres continuou.

Nas palavras do autor

[...] no ato de abertura da Revolução francesa, a mesma idéia de liberdade e igualdade dos seres humanos é reafirmada e reforçada: "Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos" (Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, art. 1º) Faltou apenas o reconhecimento da fraternidade, isto é, a exigência de uma organização solidária da vida em comum, o que só se logrou alcançar com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948.

As revoluções do século XVIII trouxeram uma grande evolução ao Princípio da Igualdade. Com o fim dos privilégios provenientes dos estamentos e utilização da igualdade perante a lei, a sociedade passou a ser dividida entre proprietários e trabalhadores. Porém, frente ao número cada vez maior de trabalhadores foi se tornando inútil o asseguramento dessa igualdade perante a lei, em vista especialmente de que tanto operários e patrões eram considerados pela lei como perfeitamente iguais em direitos, dispendo de liberdade para contratar.

A igualdade formal certamente serviu muito mais aos proprietários, no liberalismo, do que à população como um todo. Essa igualdade previa somente a igualdade perante a lei, sem maiores considerações sobre direitos sociais, pois os direitos eram reconhecidos para que o Estado não cometesse abusos, e, por isso mesmo, as condutas estatais deveriam ser limitadas.

Segundo Leal, a Constituição nesse caso apresenta-se como uma forma de manter a ordem, onde a burguesia pretende "se defender do Estado e manter as conquistas obtidas com a Revolução", em vista da tão almejada "transformação social".

Assevera Leal que

O que se afirma, a partir de então, é a igualdade natural dos homens, pois, por natureza, todos são iguais e como tal devem ser tratados pela lei, sendo que o que se reivindica é o reconhecimento dessa igualdade pelo Direito. Em outras palavras, o que se reivindica é a abolição dos privilégios pelos quais a nobreza e ao clero juridicamente se distinguiam do Terceiro Estado.

Dessa forma, segundo a autora, a neutralidade que deveria ser a postura do Estado acaba por beneficiar a classe burguesa, sendo na verdade, parcial

Este falso absentismo imposto à figura do Estado gera, por sua vez, uma extrema desigualdade social, num contraponto à igualdade meramente formal tutelada pelo ideário liberal, onde só teoricamente o direito é igual para indivíduos que também só teoricamente são iguais(...).

A idéia era, conforme Guilherme Machado Dray, construir um espaço de neutralidade onde cada indivíduo pudesse desenvolver suas capacidades. Contudo, a prática se encarregou de mostrar que naquele momento a igualdade jurídica era apenas ficção. Aos poucos, foi se percebendo que somente a igualdade perante a lei não era suficiente para que os menos favorecidos tivessem oportunidades.

Nesse sentido, começa a se tratar de um conceito de igualdade material ou substancial, que deixa de lado a idéia oitocentista da igualdade e passa-se a analisar situações de forma concreta, de tratamento desigual aos desiguais, evitando assim que as desigualdades da sociedade se perpetuem.

Assim, como o liberalismo não conseguiu atingir seus objetivos, foi necessário uma retomada por parte do Estado na atuação da defesa dos direitos do homem.

A partir desta situação, começam a surgir movimentos sociais especialmente ligados as lutas operárias no início do século XX que, segundo Leal, acabaram por dar origem a um novo modelo, o Estado Social.

Os direitos sociais começaram efetivamente a ser afirmados com as

Constituições Mexicana, de 1917, e a de Weimar, de 1919. Essas garantias pretendiam atender principalmente aqueles grupos tomados pela miséria, marginalização, fome e doença, pois pode-se verificar uma preocupação com os problemas sociais (proteção ao trabalho, maternidade, seguro social, etc) em consequência um novo olhar sobre o Princípio da Igualdade e especialmente no que se refere a igualdade material.

Assevera Leal, acerca da igualdade:

No plano teórico do pensamento jurídico, os reflexos dessa luta traduzem-se num novo entendimento do Princípio da Igualdade, que não se entende mais realizável senão mediante a igualdade social (igualdade não apenas perante a lei, mas através dela).

A partir deste momento, espera-se do Estado uma atitude positiva, não pode mais ser ele simples espectador, deve ter uma postura ativa especialmente no que se refere às questões sociais. As classes menos favorecidas “passam a ser beneficiárias de um tratamento diverso (discriminação positiva) de acordo com a idéia de que devem ser tratadas desigualmente situações desiguais”. Segundo a autora trata-se de uma "generalização de direitos" pois eles passam a ser ampliados a toda a população, o que antes não ocorria.

Nas palavras de Leal:

Neste contexto, o Estado abandona a sua (aparente) neutralidade e apoliticidade e assume fins políticos próprios, tomando a responsabilidade de transformar a estrutura econômica e social no sentido de uma realização material da igualdade, a fim de impedir que a desigualdade de fato destrua a igualdade jurídica. A política estatal passa a levar a cabo, direta ou indiretamente, uma estruturação da sociedade que se manifesta em múltiplos aspectos, estendendo o usufruto dos bens materiais e imateriais por meio do incremento dos serviços sociais, especialmente de saúde e de educação.

Conforme Bonavides, o “Estado social é enfim Estado produtor de igualdade fática”, pois acaba por, de certa forma, a obrigar o Estado a promover medidas para que seja possível concretizar a isonomia.

O centro medular do Estado social e de todos os direitos de sua ordem jurídica é indubitavelmente o Princípio da Igualdade. Com efeito, materializa ele a liberdade da herança clássica. Com esta compõe um eixo ao redor do qual gira toda a concepção estrutural do Estado democrático contemporâneo.

De todos os direitos fundamentais a igualdade é aquele que mais tem subido de importância no Direito Constitucional de nossos dias, sendo, como não poderia deixar de ser, o direito-chave, o direito-guardião do Estado social.

Embora essa nova postura social do Princípio da Igualdade comece a aparecer no fim da Primeira Guerra Mundial, nas Constituição Mexicana de 1917, Constituição de Weimar de 1919, Constituição Espanhola de 1931 e a Constituição Brasileira de 1934, passam a ocorrer com mais freqüência somente depois da Segunda Guerra Mundial.

A igualdade formal, verificada no período liberal, passa a ser substituída, "por um ideal de igualdade material."

Assim também concorda Ferreira:

As tendências do novo constitucionalismo após a guerra mundial de 1939-1945. A guerra internacional, deflagrou no mundo moderno, quebrou a rigidez capitalista e burguesa do constitucionalismo, com a disseminação das idéias igualitárias do socialismo, que dominaram ou, ao menos, se infiltraram profundamente na organização do Estado contemporâneo.

Contudo, isso não quer dizer que efetivamente os direitos foram garantidos, ainda por algum tempo existiram somente na teoria e não na prática. Ao longo do tempo, o conceito de igualdade foi evoluindo buscando tornar cada vez mais real esse direito a todos.

Assim, em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos retomou em seus primeiros artigos os ideais da Revolução Francesa - liberdade, igualdade e fraternidade - que passaram a ter um alcance universal. A Declaração surgiu principalmente em conseqüência das atrocidades que se verificavam,



especialmente nos regimes totalitários que, sob o argumento da lei, discriminavam e exterminavam populações inteiras em vista de suas diferenciações, sejam elas de credo ou raça, sob o argumento esdrúxulo da superioridade de determinadas raças humanas.

Como ensina Comparato,

O Princípio da Igualdade essencial do ser humano, não obstante as múltiplas diferenças de ordem biológica e cultural que os distinguem entre si, é afirmado no artigo II. A isonomia ou igualdade perante a lei, proclamada no artigo VII, é mera decorrência desse princípio. O pecado capital contra a dignidade humana consiste, justamente, em considerar e tratar o outro – um indivíduo, uma classe social, um povo – como um ser inferior, sob pretexto da diferença de etnia, gênero, costumes ou fortuna patrimonial. Algumas diferenças humanas, aliás, não são deficiências, mas, bem ao contrário, fontes de valores positivos e, como tal, devem ser protegidas e estimuladas. Pode-se aprofundar o argumento e sustentar, como fez Hannah Arendt ao refletir sobre trágica experiência dos totalitarismos no século XX, que a privação de todas as qualidades concretas do ser humano, isto é, de tudo aquilo que forma a sua identidade nacional e cultural, tornam-no uma frágil e ridícula abstração. A dignidade da pessoa humana não pode ser reduzida a condição de puro conceito.

No que se refere a igualdade, culminou no reconhecimento como essencial para uma vida digna que só foi possível em decorrência do término da Segunda Guerra Mundial. Foi durante a sua ocorrência que se percebeu que a idéia de superioridade de uma raça, de uma classe social, de uma cultura ou de uma religião coloca em perigo não só as minorias, mas a própria sobrevivência da humanidade.

Ressalta ainda Gorczewski que em decorrência da sociedade globalizada em que estamos inseridos, “onde o pragmatismo, a competição e o desemprego não dão espaço para o pensamento, o confronto de idéias, a solidariedade”, a própria Declaração Universal dos Direitos Humanos pretende uma nova dimensão, que se torna uma proposta universal libertadora.

Embora pudesse ser verificado que privilégios foram mantidos, segundo Leal, todos estes novos direitos estavam descritos na constituição.

A partir daí, a teoria constitucional evolue no sentido de conferir aos denominados princípios constitucionais valor igual ou superior às demais regras, numa viragem linguística que dá a origem ao conceito de Estado Democrático de Direito, em substituição ao Estado social.

O elemento democrático passa a trazer um entendimento para a Constituição de que não é simples "instrumento de garantia contra o poder absoluto do Estado" mas também expressão daqueles valores tidos pela comunidade como mais importantes.

Mesmo diante dessa evolução, ainda hoje, há uma grande dificuldade em se atingir uma conceituação precisa sobre o Princípio da Igualdade, em vista do mesmo ter sofrido mudanças significativas, ao longo do tempo, como também pela relação que mantém com outros elementos jurídicos.

Porém, diante de uma série de fatores pode-se referir que com a sociedade, evoluiu também o Princípio da Igualdade, ocupando o patamar mais elevado do ordenamento jurídico pátrio.

### **1.3 A Igualdade como Princípio**

As ciências possuem princípios, sendo o direito uma ciência, segundo Miguel Reale deve estar ela fundada em pressupostos, assim

[...] *Princípios* são, pois, verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos à dada porção da realidade. Às vezes também se denominam *princípios* certas proposições que, apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como fundantes da validade de um sistema particular de conhecimentos, como seus pressupostos necessários.

Ao se tratar de princípios, é necessário, inicialmente, verificar o que entendemos por juízo, que se refere ao fato de fazermos uma apreciação sobre algo negando ou afirmando uma qualidade, que sempre tem uma "pretensão de verdade". Quanto aos juízos há sempre uma possibilidade de que eles sejam

reduzidos a um juízo mais simples ainda, e assim sucessivamente até que não se possa mais reduzir, assim chega-se aos princípios.

Os princípios do direito passaram por três fases distintas, relativa sua juridicidade, que segundo Bonavides são, a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista. Na primeira fase, os princípios eram abstratos e sua normatividade duvidosa, mas com uma dimensão ético-valorativa. A fase positivista refere-se a situação em que os princípios começam a ser inseridos nos códigos como normas subsidiárias e supletivas. E o pós-positivismo, que engloba as últimas décadas do século XX, onde as novas constituições esboçam os princípios "convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais".

Os princípios gerais do direito passaram a ingressar nas constituições e, por isso, tornaram-se princípios constitucionais perdendo sua, tantas vezes referida, indeterminação que retirava "o sentido normativo de cláusulas operacionais".

Pode-se perceber assim a grande escalada dos princípios que, num primeiro momento, eram considerados de forma abstrata, após ingressaram nos códigos e foram elevados às Constituições ficando no ápice da pirâmide normativa do ordenamento jurídico. Certamente foram longos anos e até séculos para que os princípios pudessem ocupar o local de destaque que ocupam hoje, sendo ele a balança que pondera as demais normas da Constituição.

Bonavides faz a seguinte referência acerca dos princípios:

Todo discurso normativo tem que colocar, portanto, em seu raio de abrangência os princípios aos quais as regras se vinculam. Os princípios espargem clareza sobre o entendimento das questões jurídicas, por mais complicadas que estas sejam no interior de um sistema de normas.

Em decorrência de toda essa evolução ao longo dos anos, hodiernamente destaca-se a igualdade como princípio. E sendo um princípio, faz-se necessário

estabelecer sua diferenciação com as regras e sua importância no ordenamento jurídico.

Assim, é possível verificar que as normas podem ser enquadradas em duas categorias, as regras e os princípios, enquanto as primeiras são mais restritas, os princípios têm maior abstração. Por isso a importância de se estabelecer a distinção entre ambos.

Assevera Bonavides ao se referir a regras e princípios:

As regras vigem, os princípios valem; o valor que nele se insere se exprime em graus distintos. Os princípios, enquanto valores fundamentais, governam a Constituição, o regime, a ordem jurídica. Não são apenas a lei, mas o direito em toda a sua extensão, substancialidade, plenitude e abrangência.

As regras são, segundo Barroso, “proposições normativas” que ao serem aplicadas devem ser em sua totalidade. São comandos objetivos, sem possibilidade de interpretações extensivas. Já os princípios possuem uma carga valorativa maior, com fundamentos éticos, e indicam uma direção a ser seguida.

Neste sentido, refere Leal,

Apesar de não deixar evidente este aspecto, um dos textos mais importantes no estudo dos princípios constitucionais é o de Ronald Dworkin, para quem estes se distinguem das regras, basicamente, pelo seu modo de aplicação (teoria do "tudo ou nada") e pela dimensão de peso ou importância de que se revestem.

De acordo com a autora, a partir dos ensinamentos de Dworkin ou as regras podem ser aplicadas ao caso concreto em sua totalidade ou não são aplicadas e justamente, por isso, deve conter de forma expressa os casos de exceção, onde as mesmas devem incidir.

Porém, embora se verifique tais diferenças, há de se concordar com Leal quando refere que deve haver uma “estreita vinculação entre princípios e regras” pois as regras permitem que os princípios sejam concretizados, enquanto que os

princípios acabam por conferir a razão de ser das leis.

Os princípios são muito mais amplos que as regras. Regem a vida dos cidadãos, não simplesmente por estarem descritos, mas mais que isso, por estarem arraigados na cultura do país, enquanto as regras buscam uma providência pontual e específica.

Conseqüentemente, os princípios valem como lei e como tal acabam por dizer o ordenamento jurídico, servindo para embasar decisões judiciais, não se permitindo, dessa forma, que os Tribunais neguem aos princípios e sua força normativa dentro do ordenamento jurídico.

Leal ensina que,

No contexto de um Estado Democrático de Direito, entretanto, em que impera a legalidade material, os princípios não servem como parâmetro normativo apenas por ocasião da ocorrência de lacunas, devendo servir para a aferição da validade de toda e qualquer norma sempre e indistintamente.

Assim também assevera Bonavides,

De último, essa posição de supremacia se concretizou com a jurisprudência dos princípios, que outra coisa não é senão a mesma jurisprudência dos valores, tão em voga nos tribunais constitucionais de nossa época. As sentenças dessas Cortes marcam e balizam a trajetória de juridicização cada vez mais fecunda, inovadora e fundamental dos princípios.

Os princípios constitucionais são valores que passam a ser abrigados pelo ordenamento jurídico, utilizados como guia para o interprete na aplicação ao caso concreto. Na legislação brasileira, os princípios são elementos fundamentais no sistema jurídico, tidos como normas superiores e eleitos pela comunidade, por isso, sua importância, e a necessidade de que sejam cumpridos por todos os cidadãos.

Assim, os princípios no pós-positivismo, são o oxigênio das Constituições, estão na pirâmide normativa e têm sua superioridade e hegemonia reconhecidas.

Segundo Leal, sendo os princípios "os valores máximos" de uma nação, por serem decorrentes do referido pacto constitucional, devem ser levados pelo Poder Legislativo até a Constituição uma vez que o poder legislativo não tem poder de criá-los, mas simplesmente declará-los em uma Constituição. Esse procedimento de inclusão na Constituição torna os princípios imperativos.

Dessa forma, os princípios têm grande força normativa:

Os princípios são, como já referimos, o elemento central da ordem jurídica, por representarem aqueles valores supremos eleitos pela comunidade que a adota, sendo que a característica mais marcante que hoje se lhes atribui é o caráter de normatividade, de modo que são tidos, pela teoria constitucional contemporânea, como sendo uma espécie do gênero norma jurídica, ao lado das assim denominadas regras jurídicas.

Segundo Canotilho, o Princípio da Igualdade é um dos princípios estruturantes dos direitos fundamentais.

Realmente, conforme Bonavides, os princípios têm uma importância vital cada vez maior no ordenamento jurídico especialmente por estarem presente na maioria das Constituições, como fundamento da ordem jurídica. O autor refere que os princípios estão no topo da escala normativa do ordenamento jurídico e, por isso, servem como critério para que os demais conteúdos normativos sejam verificados, podendo ser considerados a "norma das normas".

Segundo Leal, os princípios não são imutáveis, uma vez que estão abertos as mudanças ocorridas na sociedade, trazem uma "certa objetividade ao sistema", pois estabelecem os objetivos que devem ser buscados, e portanto os princípios são um ponto de referência para todo o sistema.

Desse modo, os princípios nos remetem a idéia de Constituição material, que

é necessária para uma "concepção mais ampla de Constituição", já que visam estabelecer em seu texto a organização e ordenação da sociedade.

Bonavides, ao citar Boulanger, refere que "Os princípios existem, ainda que não se exprimam ou não se reflitam em textos de lei." Mas cabe destacar conforme Leal a importância de sua positivação.

Assim, não só os princípios são essenciais para a ordem jurídica, como também a sua positivação, o seu reconhecimento por essa mesma ordem, é essencial pleno desenvolvimento dos princípios, que passam a deter o status de norma cogente.

Segundo Leal, os princípios "expressam os fins", que surgem como deveres a serem buscados, por isso acabam por vincular todas as pessoas, renovando se para acompanhar as modificações da humanidade.

Importante destacar como o faz Bastos que o Princípio da Igualdade tem liberdade para incidir sob qualquer norma que venha a dar um tratamento que não seja eqüitativo aos indivíduos, dessa forma, incide sobre todos os direitos. Destacando, assim, tão grande importância no ordenamento jurídico e a necessidade de que seja preservado, evitando tratamentos desiguais que podem ocasionar a exclusão social.

#### **1.4 Tratamentos desiguais**

A expressão de que todos são iguais perante a lei nada mais é do que a exigência que se faz diante do direito, de todos serem tratados igualmente. Mas há que se destacar que não se trata apenas de igualdade na aplicação das leis, conforme Canotilho, tal princípio também estabelece os rumos para o próprio legislador que deve criar o direito sempre observando a igualdade entre todos os indivíduos.

A igualdade na própria lei estabelece que, para todos aqueles que possuem

as mesmas características e estão em situações iguais, a lei irá prever iguais resultados, contudo se o Princípio da Igualdade for utilizado de forma universal, acaba por permitir a discriminação já que permite tratamento igual para desiguais.

Todos os cidadãos têm direito de serem tratados igualmente perante a lei, somente podendo este princípio ser relativizado caso existam argumentos convincentes, capazes de justificar atos que venham contrariar tal mandamento constitucional, permitindo assim que pessoas em situações desiguais sejam tratadas de forma desigual, com o objetivo de, com isso, permitir que as diferenças sejam diminuídas em vista dessas atitudes.

Diante disso, e como a todos os cidadãos é garantido tratamento idêntico perante a lei não são permitidas as discriminações arbitrárias. Para isso, segundo Moraes, se deve operar em dois planos distintos: um em que o legislador ou o poder executivo, ao criar qualquer norma, não deve fazê-la de forma que venha a tratar e diferenciar pessoas iguais, que enfrentam as mesmas condições, e por outro plano, ao próprio interprete, que via de regra acaba sendo a autoridade pública que irá colocar em prática a norma, sem que se estabeleçam diferenciações frente aos indivíduos a que serão aplicados, seja em “razão de sexo, religião, convicção filosóficas ou políticas, raça, classe social”. Quanto as diferenciações que podem ocorrer, descreve o autor que

A desigualdade na lei se produz quando a norma distingue de forma não razoável ou arbitrária um tratamento específico a pessoas diversas. Para que as diferenciações normativas possam ser consideradas não discriminatórias, torna-se indispensável que exista uma justificativa objetiva e razoável, de acordo com critérios e juízos valorativos genericamente aceitos, cuja exigência deve aplicar-se em relação à finalidade e efeitos da medida considerada, devendo estar presente por isso uma razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida, sempre em conformidade com os direitos e garantias constitucionalmente protegidos.

O legislador, ao elaborar as normas, não pode nunca deixar de observar o Princípio da Igualdade, sob pena de estar cometendo uma inconstitucionalidade, uma vez que qualquer norma que venha a criar diferenciações, que não aquelas descritas no texto constitucional, apresentam-se como violadoras do texto magno.



O Princípio da Igualdade não veda diretamente as desigualdades ocorridas para com aqueles indivíduos que são diferentes, contudo se apresenta ferrenho quando essas diferenciações são decorrentes de medidas arbitrárias, que não tem justificação.

Dessa forma, assevera Bastos

É este o sentido que tem a isonomia no mundo moderno. É vedar que a lei enlace uma consequência a um fato que não justifica tal ligação. É o caso do racismo em que a ordem jurídica passa a perseguir determinada raça minoritária, unicamente por preconceito das classes majoritárias. Na mesma linha das raças encontra-se o sexo, as crenças religiosas, ideológicas ou políticas, enfim uma série de fatores que os próprios textos constitucionais se incumbem de tornar proibidos de diferenciação. É dizer, não pode haver uma lei que discrimine em função desses critérios.

Esta igualdade somente pode ser violada quando se verificarem justificativas, as quais devem ser possivelmente verificadas por qualquer do povo. Somente assim se estará tendo o consentimento de que realmente se trata de um privilégio em vista de uma necessidade que visa gerar o bem estar daqueles, que por algum motivo são menos favorecidos.

Acerca disso, Canotilho traz o questionamento do que podemos considerar como justo ou injusto diante do critério de igualdade entre os indivíduos

A fórmula "o igual deve ser tratado igualmente e o desigual desigualmente" não contém o critério material de um juízo de valor sobre a relação de igualdade (ou desigualdade). A questão da igualdade justa pode colocar-se nestes termos: o que é que nos leva a afirmar que uma lei trata dois indivíduos de uma forma igualmente justa? Qual o critério de valoração para a relação de igualdade?

Canotilho traz como uma possível resposta a esse questionamento, a situação da arbitrariedade, pois quando ocorre um tratamento arbitrário a igualdade é violada. Essa arbitrariedade ocorre quando não há um "fundamento sério", "um sentido legítimo" ou se não "estabelecer diferenciação jurídica sem um

fundamento razoável", contudo este último nos leva a observarmos a questão da qualificação deste fundamento o que remete a questão da valoração.

A inclusão das minorias se faz necessária para que efetivamente cumpra-se a Constituição Federal, especialmente no que se refere ao tratamento igualitário entre todos os indivíduos. Assim as discriminações não são aceitas pela Constituição Federal de 1988, conforme o artigo 3º, inciso IV, bem como em seu artigo 5º, XLI refere que "a lei punira qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais" dessa forma diferenciações baseadas nos critérios não estabelecidos pela Constituição estão proibidos.

Com a igualdade, o que se busca obstruir é a discriminação arbitrária e não a diferenciação que se faz em vista da lei, pois esta, *a priori*, tem fundamentação, o que possibilitou seu ingresso no ordenamento jurídico, enquanto que as situações de discriminações arbitrárias, nem sequer encontram respaldo na legislação pátria.

Diante disso, ainda podemos destacar a diferença existente entre a igualdade formal e a igualdade material.

### **1.5 A Igualdade Formal e a Igualdade Material**

Para a existência de um Estado democrático de direito, é fundamental que exista a igualdade entre todos os cidadãos. Segundo Silva, porém, a igualdade que se tem vista nas constituições é a igualdade jurídico-formal, ou seja, a igualdade perante a lei. Assim, há de se destacar a grande diferença que existe entre a igualdade formal e a igualdade material para que se possa delimitar qual a verdadeira intenção do legislador, especialmente ao se referir ao Princípio da Igualdade.

No que se refere a igualdade formal, Bastos afirma que é o direito que cada

cidadão tem de não ser desigualado pela lei a não ser em consonância com os critérios descritos ou não vedados pelo ordenamento constitucional.

A igualdade formal atua no campo jurídico, baseado na legislação que determina como devem ser considerados os indivíduos e seus atos diante das mais diversas situações. Fernández traz os seguintes ensinamentos sobre a igualdade formal:

*La igualdad formal suele identificarse con las exigencias jurídico-políticas sintetizadas en el principio de igualdad ante la ley. Dicho principio garantiza la paridad de trato en la legislación y en la aplicación del Derecho. Es la igualdad en el ámbito del sistema jurídico. También se denomina a esta dimensión de la igualdad, igualdad jurídica e igualdad de trato formal.*

O Princípio da Igualdade que se encontra em quase todas as constituições, segundo Bastos, é o da igualdade formal, assim também se pode observar no exemplo brasileiro, descrito na Constituição Federal de 1988 que traz em seu artigo 5º, que “todos são iguais perante a lei”. Contudo, isso não pode levar a uma interpretação restritiva, que não considere a situação de cada indivíduo. No decorrer do texto constitucional, observa-se uma preocupação não só com a igualdade formal, mas também substancial já que buscam a justiça e inclusão social.

Em seu viés formal, a igualdade, somente perante a lei, está distanciada da busca pela equiparação social e econômica, enquanto a igualdade substancial refere-se a observância de peculiaridades de cada indivíduo.

De qualquer forma, não quer dizer que igualdade, no seu sentido formal, não seja importante, mas mais importante é a busca pela igualdade material, identificando aqueles que são realmente iguais e os que são desiguais e que, por isso, precisam ser tratados desta forma.

Desde longa data, o ser humano vem se preocupando com as desigualdades

“inerentes ao seu ser e à estrutura social em que se insere”, de acordo com Bastos, em vista disso surgiu o que os doutrinadores chamam de igualdade substancial, onde todos os seres humanos são equiparados em direito e deveres. A igualdade substancial refere-se a uma igualdade real, não somente frente ao direito, mas decorrente de uma igualdade efetiva diante dos bens da vida. Contudo, em vista de sua “carga humanitária e idealista”, nunca se realizou plenamente em qualquer sociedade.

Assim, destaca ele, os motivos pelos quais essa realização não ocorreu

[...] São muitos os fatores que obstaculizam a sua implementação: a natureza física do homem, ora débil, ora forte; a diversidade da estrutura psicológica humana, ora voltada para a dominação, ora para a submissão, sem falar nas próprias estruturas políticas e sociais, que na maior parte das vezes tendem a consolidar e até mesmo a exacerbar essas distinções, em vez de atenuá-las.

Dessa forma, essa igualdade absoluta tem restrições quanto ao fato de ser forma de organização de uma sociedade, pois, os seres humanos são desiguais devido a sua condição natural, alguns tem habilidades que se sobressaem, por isso sua valoração e habilidades não podem ser simplesmente ignoradas.

Nas palavras de Bastos

Em direito, o Princípio da Igualdade torna-se de mais difícil conceituação porque o que ele assegura não é a mesma quantidade de direito para todos os cidadãos. A igualdade nesse sentido é uma utopia. Nela todos disporiam de igual quantidade de bens, seriam remunerados igualmente e todas as profissões teriam a mesma dignidade. Nesse mundo todos seriam efetivamente iguais.

Mas a igualdade material, seguindo o raciocínio do autor, apresenta-se em algumas constituições com o intuito de igualar situações de extrema desequiparação de bens, sejam materiais ou imateriais, por isso que, com certa frequência, observam-se regras voltadas a desfazer o desnivelamento e desequiparações raciais ocorridos em determinados momentos históricos. Sendo essa a igualdade que deve ser considerada, pois “*Sería la igualdad en la vida*

*social, en la realidad de las relaciones entre los seres humanos”*

A igualdade material nada mais é que a igualdade real, de fato, verificada em condições iguais onde os indivíduos são tratados igualmente. Por isso é necessário inicialmente um procedimento igualador, para somente depois se analisar como será tratada a situação.

Segundo Canotilho, o Princípio da Igualdade "vale como princípio jurídico informador de toda a ordem jurídico-constitucional". Independente de definições entre igualdade jurídica e igualdade fática, o Princípio da Igualdade deve ser considerado como um "princípio de justiça social", principalmente no que se refere a igualdade de condições de vida e de oportunidades..

### **1.5.1 As garantias sociais**

No que se refere a redução de desigualdades sociais, a igualdade formal não é suficiente para que sejam efetivamente tratadas de forma igual todas as pessoas, mas sim ações baseadas na igualdade material que irão possibilitar, de forma mais veemente, que as desigualdades sejam reduzidas para que se obtenha resultados satisfatórios.

Frente a todos esses apontamentos, concordamos com Leal quando refere que,

Diante de tudo que foi exposto até aqui, conclui-se, por conseguinte, que os princípios conformam um plexo axiológico que constitui a característica marcante do ordenamento constitucional, de modo que se impõe falar em Constituição material, não sendo mais suficiente, no contexto de um Estado Democrático de Direito, a referência a uma Constituição meramente o formal.

Uma sociedade democrática é aquela que oferece oportunidades básicas a todos os indivíduos, independente de sua classe social ou origem étnica, e sobre elas se verificam tanto a igualdade de oportunidade como de tratamento que tem

por fim garantir a igualdade a todos.

Os direitos podem ser divididos em direitos de primeira, segunda e terceira geração relativos aos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade. Conforme Moraes, os direitos de primeira geração são os relativos a direitos e garantias individuais e políticos clássicos; os direitos de segunda geração são os direitos sociais, econômicos e culturais; e os direitos de terceira geração são os que se referem aos direitos de solidariedade ou fraternidade relativos a qualidade de vida, meio ambiente, progresso e direitos difusos. Direitos de primeira geração são os direitos individuais e políticos, que impõem limites à ação estatal. Os direitos de segunda geração são tidos como direitos conseguidos através do Estado, os quais exigem do poder público uma prestação. Direitos de terceira geração, referem-se a direitos difusos, os quais vão além da individualidade do ser humano. Alguns autores utilizam a expressão dimensões de direitos para classificá-los.

Assim, os direitos sociais, inserem-se entre os direitos fundamentais do homem, são prestações positivas que o Estado proporciona aos seus cidadãos de forma direta ou indireta, buscando beneficiar aos menos favorecidos com o objetivo de diminuir as desigualdades sociais.

Na maioria das Constituições mais recentes, de vários países, podem ser observados diversos dispositivos relacionados com os problemas sociais e direcionados para garantir a eficácia, por meio de prestação de serviços nas áreas da saúde, da educação, da cultura, da previdência, do trabalho, do desporto e, mais recentemente, da ecologia, dando corpo jurídico efetivo aos direitos sociais. Sendo por isso verdadeiros direitos prestacionais, conforme lembra Cittadino:

[...] Os direitos sociais, cujo enorme elenco integra o sistema de direitos constitucionais na Constituição Federal, são considerados típicos direito a prestações e apontam para ações fáticas ou ações normativa por parte do Estado. [...]

No caso brasileiro, o Estado, portanto acaba por comprometer-se na própria

Constituição em buscar a erradicação da pobreza e da marginalização, a reduzir as desigualdades sociais e também a atender aos direitos sociais como a educação, o trabalho, o lazer, a segurança, a saúde a previdência social, a proteção à maternidade, o salário mínimo, o seguro-desemprego, etc.

A importância funcional dos direitos sociais consiste na realização da igualdade na sociedade, "igualdade niveladora" voltada para situações concretas.

Conforme Bonavides, pelo princípio da Igualdade o Estado se obriga a intervir no intuito de acabar com as injustiças sociais, mas "As constituições tendem assim a se transformar num pacto de garantia social, num seguro com que o estado administra a Sociedade." Sendo os direitos sociais desatendidos, há uma grande desestabilização da Constituição.

Assevera Bonavides que

A igualdade se converte aí no valor mais alto de todo o sistema constitucional, tornando-se o critério magno e imperativo de interpretação da Constituição em matéria de direitos sociais.

Cada vez mais a população tem necessitado do Estado para garantir seus direitos sociais básicos, isso é a maior prova de que a sociedade, por si só, não tem criado condições para que a vida entre todos seja harmônica e justa.

Mas na maioria dos países a igualdade não teve o tratamento jurídico que devia ter. De acordo com Gomes, muitas nações se preocuparam em referirem em suas constituições "princípios e regras asseguradoras de uma igualdade formal perante a lei" esquecendo-se muitas vezes os meios de colocá-los em prática, acreditando que o simples fato de estar descritos na constituição bastariam. Além do que a idéia da neutralidade estatal não tem obtido êxito, especialmente, em países em que certos grupos foram inferiorizados, inclusive legalmente, tem sido muito difícil abandonar o estigma de inferioridade que vem os acompanhando.

Essa posição ativa do Estado, então, é contrária à posição de neutralidade, a qual buscava agir indistintamente frente a seus cidadãos, ignorando assim diferenças de sexo, raça, idade e etc, e passa a ser uma importante ferramenta para a obtenção da igualdade material, conforme nos ensina Gomes,

(...) Numa palavra, ao invés de conceber políticas públicas de que todos seriam beneficiários independentemente da sua raça, cor ou sexo, o Estado passa a levar em conta esses fatores na implementação das suas decisões, não para prejudicar quem quer que seja, mas para evitar que a discriminação, que inegavelmente tem um fundo histórico e cultural, e não raro se subtrai ao enquadramento nas categorias jurídicas clássicas, finde por perpetuar as iniquidades sociais. (...)

Isso leva o autor a referir que, nem a legislação infra-constitucional, nem a constituição tem conseguido acabar com a mentalidade de que uns têm papéis inferiores a outros, e por isso o Estado tem de assumir uma posição positiva frente às questões sociais.

Além de tudo, é necessário que se dê efetividade as normas, não somente eficácia, pois como refere Barroso, "Efetividade significa, portanto, a realização do direito, o desempenho concreto de sua função social", trata-se de colocar em prática no mundo real dos preceitos normativos.

Para kymlicka, a igualdade necessita e prioriza não apenas um tratamento idêntico entre todos, mas mais que isso, um tratamento diferenciado, onde seja possível acomodar desigualdades diferenciadas. Não é suficiente apenas proibir a discriminação, são necessárias medidas eficazes para sanar tais problemas, as quais podemos denominar ações afirmativas.

Gomes refere ainda que essa atuação positiva do Estado fez nascer nos Estados Unidos as chamadas ações afirmativas e que hoje estão presentes em muitos países do mundo, inclusive no Brasil, que é um dos países com maior tradição escravista das Américas, as quais passaremos a analisar.



## 2 AÇÕES AFIRMATIVAS

### 2.1 Conceituação

Encontramos na doutrina um grande número de conceituações do que são as ações afirmativas, aqui destacaremos algumas, no intuito de melhor defini-las, pois há conceituações que acabam por deixar de fora algumas características básicas destas ações o que pode vir a gerar confusões, e que por isso devem ser identificadas. Cabe destacar, também, que inúmeras são as expressões utilizadas para tratar de Ações Afirmativas, como: discriminação inversa, discriminação positiva, ações positivas, discriminação ao contrário, políticas compensatórias, entre outras.

Hodiernamente, segundo Munanga, as ações afirmativas têm por intuito reparar as discriminações e desvantagens ocorridas para com determinados grupos em consequência de um tratamento diferenciado.

Para Menezes, ação afirmativa

[...] é um termo de amplo alcance que designa o conjunto de estratégias, iniciativas ou políticas que visam favorecer grupos ou segmentos sociais que se encontram em piores condições de competição em qualquer sociedade em razão, na maior parte das vezes, da prática de discriminações negativas, sejam elas presentes ou passadas.

Já Fernandez, entende que o termo ação positiva, aqui chamado de ação afirmativa, é provido de uma grande ambigüidade. Segundo a autora, de uma forma ampla, tratam-se de ações que buscam combater a discriminação para com determinados grupos e com isso buscam uma igualdade real. De outro lado, referem-se a um tratamento diferenciado aos grupos desfavorecidos, no intuito de favorecê-los e assim atingir a igualdade, utilizando-se de uma diferenciação que promoverá a igualdade e a paridade. De acordo com a autora, ainda essas últimas podem gerar conflitos, pois referem sobre a igualdade de tratamento entre os indivíduos.

Seguindo os ensinamentos de Fernández,

*Puede decirse que las llamadas acciones positivas constituyen una subcategoría dentro de la categoría global de las medidas encaminadas a promover la igualdad sustancial. Las acciones positivas (del inglés "affirmative action") tienden a corregir las desigualdades sociales ligadas al fenómeno de la discriminación por razón de raza, sexo, religión, lengua, etc. Así entendida, la noción de acción positiva aparece vinculada al concepto de discriminación en sentido estricto, más concretamente a la tutela antidiscriminatoria, a la lucha contra la discriminación.*

Visto que as ações afirmativas estão intimamente relacionadas a contrariedade de práticas discriminatórias, é extremamente aceitável que as políticas afirmativas sejam voltadas para os grupos sociais que sofrem maiores discriminações, como refere Menezes, aqueles que envolvam critérios como "a raça, o sexo, a origem étnica, a religião, a idade e as condições de saúde dos indivíduos (v. g. deficiências físicas)". Porém afirma o autor que estas ações não se referem a um direito de minorias, pois não se referem simplesmente ao combate de desigualdades em que os grupos são numericamente desfavorecidos, mas também a grupos que não estejam em uma posição de supremacia ou dominante, e que contra ele se verifique discriminação ou mesmo desvantagens.

Já Raupp Rios adota o termo ações afirmativas, destacando que

*Ação afirmativa, então, passou a ser conceituada como o uso deliberado de critérios raciais, étnicos ou sexuais com o propósito específico de beneficiar um grupo em situação de desvantagem prévia ou de exclusão, em virtude de sua respectiva condição racial, étnica ou sexual.*

Para os autores Jaccoud e Beghin, a ação afirmativa é uma forma de expressão do próprio Princípio da Igualdade, mas que se utilizam de tratamentos desiguais para acabar com as desigualdades que não tem justificativa e que sejam arbitrárias.

Contudo, Gomes nos apresenta uma definição do que são as ações afirmativas atualmente, sendo bastante detalhista:

(...) um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego. (...)

A partir das definições de ações afirmativas, é importante analisar suas características, segundo Guimarães, elas têm o objetivo restabelecer a igualdade, em vista disso sugere ele, que a ação "deve ser temporária em sua utilização, restrita em seu escopo, e particular em seu âmbito"

A temporariedade então é tida como condição essencial, uma vez que se não houver a especificação determinado o lapso temporal, tais medidas perpetuarão no tempo, podendo inclusive gerar novas discriminações. Assim, apresenta-se como ponto importante nas ações afirmativas, pois restringe o tratamento diferenciado apenas naquele espaço de tempo.

Dessa forma, decorrido tal espaço temporal, devem ser as ações afirmativas extintas. Porém há aqueles que entendem que é muito difícil mensurar este lapso temporal, e que muitas vezes decorreriam vários anos. Embora se verifique que não é das tarefas mais fáceis mensurar o período que devem vigor ou estabelecer previsões acerca de possíveis reduções das desigualdades sociais, o que tem se visto na maioria das vezes é que não há ao menos uma projeção do período em que ocorrerão as políticas afirmativas, o que pode significar um risco. Além do que pode se estar criando a consciência naqueles grupos de perenidade das ações afirmativas, sob o julgamento de que sempre existirão e, por isso, serão sempre beneficiados.

Se o que se busca é reduzir as desigualdades e efeitos das discriminações sobre as minorias, e depois de decorrido tal espaço temporal, quando o objetivo for atingido, é importante que sejam extintas ou interrompidas as políticas afirmativas, sob pena de serem criadas novas discriminações.

É por esses e outros motivos que as ações afirmativas devem ser temporárias para que essas medidas individuais não se perpetuem e acabem por prejudicar a coletividade.

[...] As políticas de ações afirmativas são medidas que buscam garantir a oportunidade de acesso dos grupos discriminados, ampliando sua participação em diferentes setores da vida econômica, política, institucional, cultural e social. Ela se caracterizam por serem medidas temporárias e por serem focalizadas nos afro-brasileiros, ou seja, por dispensarem um tratamento diferenciado e favorável com vistas a reverter um quadro histórico de discriminação e exclusão.

E embora a temporariedade não seja utilizada por muitos autores, em suas conceituações, como requisito fundamental das ações afirmativas, sua manutenção ao longo do tempo poderá vir a ocasionar maiores problemas, pois o quadro de desigualdades pode pender para outra direção, assim, seu caráter transitório é que irá impedir que se estabeleçam novas discriminações.

Cabe destacar que as ações afirmativas baseiam-se na igualdade de oportunidades, e não que ela dispensa a igualdade, em vista de seu tratamento diferenciado. Daí a importante consideração de Guimarães de que as ações afirmativas precisam ser restrita, limitada, não atingindo a todos da mesma forma, mas somente aqueles que encontram dificuldades em acessar tais âmbitos, pois certamente se fosse assim iriam se perpetuar no tempo e em consequência causar novas discriminações.

Neste ponto, surge a questão referente aos limites das ações afirmativas, uma vez que as mesmas só devem existir enquanto não for possível acabar com as discriminações ocorridas ou que se pretenda ao menos reduzi-las consideravelmente, de acordo com o próprio valor e orientação da sociedade naquele momento.

Para essa nova postura de atuar na busca efetiva da igualdade de todos os cidadãos, Gomes refere que o Estado precisou tomar novos posicionamentos acerca do assunto.

Assevera o autor,

Concebidas pioneiramente pelo Direito dos Estados Unidos da América, as ações afirmativas consistem em políticas públicas (e também privada) voltadas à concretização do princípio constitucional da igualdade material e à neutralização dos efeitos da discriminação racial, de gênero, de idade, de origem nacional e de compleição física [...]

E, por isso, segundo Jaccoud e Beghin, as ações afirmativas tem como objetivo a busca pela garantia de igualdade de oportunidades para todos mesmo que para isso seja dado tratamento preferencial para determinadas pessoas ou grupos. Diante disso, as iniciativas para tais tratamentos podem ser privadas ou estatais, não ficando restritas apenas ao Estado mas, também podem ser promovidas por empresas e entidades, podendo ser compulsórias ou espontâneas, dependendo da medida.

Diante do fato de as ações afirmativas, poderem tanto ser públicas como privadas, e no primeiro caso ainda podem ser imposta ou sugeridas pelo Estado ou por seus entes, Conforme Gomes, buscam as ações afirmativas não somente combater a discriminação, mas que buscam promover transformações na sociedade especialmente no que se refere a diversidade e ao pluralismo.

Assim, ainda que existam divergências em torno da definição das ações afirmativas, é possível definir as ações afirmativas são um conjunto de medidas públicas ou privadas, que podem ser facultativas, compulsórias ou mesmo voluntárias, de caráter temporário que tem por intuito acabar com as desigualdades, sejam elas raciais sociais étnica de gênero ou físicas, integrando e aumentando a participação de determinado grupo na sociedade, com a finalidade de estabelecer um equilíbrio na representação, evitando que o prolongamento do tempo venha a gerar novas discriminações.

Segundo Gomes, no direito comparado podem ser verificadas dois tipos de políticas públicas que visam combater a discriminação e os efeitos que ela

causam, são assim "As políticas governamentais de feição clássica" e que são as normas infraconstitucionais ou constitucionais de caráter proibitivo ou repressivo contra a discriminação. E aquelas que, ao contrário de proibir a discriminação utilizam-se de "medidas de promoção, de afirmação ou de restauração" para que se afirme na sociedade o Princípio da Igualdade.

Ao citar Carmen Lucia Antunes Rocha, além de classificar as ações afirmativas como a "mais avançada tentativa de concretização do princípio jurídico da igualdade" refere que através desta "desigualação positiva promove-se a igualação jurídica efetiva". A autora ensina ainda que aquela visão religiosa da igualdade teve uma nova interpretação a partir das ações afirmativas especialmente porque não se deve analisar apenas uma situação fática da vida, de forma estática, mas todo o contexto envolvendo a história do grupo que pertence.

Inúmeras são as formas pelas quais é possível se instrumentalizar as ações afirmativas, pois sempre que ocorrerem discriminações comprovadamente prejudiciais a determinados grupos, podem ser elas implementadas. As mais conhecidas se referem a reserva de cotas para alunos negros nas universidades, o acesso de pessoas portadoras de necessidades especiais no mercado de trabalho, o apoio a mulheres na luta contra superioridade masculina, a possibilidade de ingresso no ensino superior a partir do ensino público, políticas de incentivo e treinamento para ingresso no mercado de trabalho, incentivos fiscais para empresas, entre outras, tudo com o objetivo de serem sanadas discriminações que acabavam por deixar estes cidadãos a margem da sociedade.

As ações afirmativas surgem como possibilidades para que os grupos que são mais vulneráveis possam ser igualados aos demais. Assim, o que se pretende é a implementação de políticas públicas que visam satisfazer os mais diferentes fenômenos sociais, com "ações que tem como objetivo afirmar os princípios da igualdade da cidadania, reconhecer e valorizar a pluralidade étnica que marca

sociedade brasileira e valorizar a comunidade afro-brasileira” destacando sua contribuição histórica e contemporânea à construção do país.

Guimaraes refere que, para se entender as ações afirmativas, deve-se visualizá-las não como um ataque às elites, mas sim um ataque para aqueles grupos onde existam apenas pessoas de uma raça, de um sexo ou de uma etnia.

[...] O princípio da ação afirmativa só parece razoável quando, além do respeito o mérito e a igualdade formal entre os indivíduos, toleram-se as diferenças entre eles. Ou seja, diferenças culturais, sociais e econômicas não podem servir para justificar desigualdades formais de direito entre as pessoas, porque a igualdade pressupõe a tolerância de diferenças.

Diante disso, cabe salientar que as ações afirmativas não prevêm só a inclusão daquelas minorias vítimas de desigualdades sociais, mas também buscam a diversidade social uma vez que permite o acesso a empregos e a cursos que em outras situações, essas pessoas não teriam.

Assim, é bastante amplo o número de medidas que podemos referir como ações afirmativas

[...] Seriam políticas de ação afirmativa, visando à igualdade de oportunidades, aquelas que têm por meta beneficiar os membros de minorias discriminadas: (1) aumentando sua qualificação; (2) promovendo a melhoria de seu acesso ao mercado de trabalho; (3) apoiando as empresas de sua propriedade por empresas que promovam a diversidade; e o (4) e garantindo sua participação nos meios de comunicação.

Para Jaccoud e Beghin, as ações afirmativas estão baseadas na crítica de que a igualdade de direitos não é suficientemente eficaz para garantir igual tratamento a todos os indivíduos, pois

O reconhecimento de que a igualdade formal não garante aos que são socialmente desfavorecidos o acesso às mesmas oportunidades que têm aqueles que são socialmente privilegiado promoveu um esforço de ampliação não apenas do conteúdo jurídico e moral da idéia de igualdade, mas das próprias possibilidades jurídicas de concretizá-la.

Dessa forma, a crítica que se faz a igualdade formal, é a de que a igualdade

perante a lei não permite a observância de uma necessidade concreta, que os autores referem como “Igualdade de oportunidade”. E é justamente isso que as ações afirmativas buscam possibilitar iguais oportunidades aos grupos marginalizados, através de um tratamento “diferenciado e preferencial”

Cabe destacar que não se deve confundir ações afirmativas com ações valorizativas, já que essas últimas têm por objetivo o reconhecimento e valorização da pluralidade étnica e são ações de caráter permanente, que buscam atingir toda a população para que seja reconhecido o seu papel na história e na nação.

Para Guimarães, as ações afirmativas devem ser um complemento para as ações universais, pois, por assim dizer onde as ações universalista não conseguem surtir efeitos, os limites e a temporariedade das ações afirmativas podem adentrar.

## **2.2 Origem e Evolução**

As ações afirmativas têm seu histórico relacionado à cultura norte-americana, contudo de acordo com Sowel, há registros de que a Índia é o país que possui a mais tempo ações afirmativas, surgindo desde que era colônia inglesa, e sendo incorporadas a Constituição em 1947 quando a Índia se tornou independente. Nela há referência sobre o tratamento igualitário entre os cidadãos, tendo como exceção a discriminação positiva que é a forma como são conhecidas as ações afirmativas naquele país. Cabe destacar que essas políticas deveriam perdurar por apenas vinte anos, contudo tem sido constantemente prorrogadas e até mesmo ampliadas.



Com a realização de Convenções Internacionais como a Convenção da ONU sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial em 1965, a Convenção da ONU sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher em 1979, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais em 1966, e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos em 1966, surgiram políticas, especialmente no sentido de apoio a grupos excluídos, que tratava, como refere Gomes, como alguém singular, com suas particularidades, e não de forma genérica como muito vinha sendo feito. Para o autor estas ações que buscam a concretização de igualdade substancial são chamadas ações afirmativas ou conforme refere o Direito Europeu discriminação positiva.

As ações afirmativas se expandiram após a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação de 1965, mas essas ações ganharam força mesmo após a implementação de políticas afirmativas nos Estados Unidos e por isso há um consenso praticamente unânime que foi na cultura norte-americana que as ações afirmativas tiveram maior notoriedade e desenvolvimento. No que se refere ao sistema americano, Salla e Terra destacam que em meados do século XX:

(...) as ações afirmativas passaram a ocupar lugar de destaque na estrutura político-jurídica reinante da época representada pelos “movimentos negros” de Martin Luther King, os quais alcançaram seu ápice de pressão, como forma de grupo organizado de luta pelos direitos civis dos afro-americanos, bem como se destacaram nesta seara nos anos de 1957, 1960, 1964 e 1965, nos quais o congresso americano, pressionado pelos movimentos reivindicatórios, de preservação do Princípio da moral da não discriminação, editou e promulgou leis concernentes aos direitos civis norte-americanos.

Importante lembrança traz Gomes de que o sistema constitucional norte-americano que foi o berço das ações afirmativas é o mesmo que há pouco mais de dois séculos autorizava a escravidão. Dessa forma, pode-se perceber que realmente trata-se de um grande passo e de uma reavaliação nos conceitos e procedimentos tidos ao longo do tempo no que se refere aos grupos marginalizados e excluídos.

É necessário analisarmos a trajetória das políticas de ações afirmativas nos Estados Unidos, uma vez que foi um país que viveu intensamente a segregação racial e que, ao longo dos anos, pode acabar com estas situações e ainda conseguiu conscientizar, pelo menos em parte, a sociedade da importância da dignidade para todos os cidadãos.

Gomes refere que, diante de toda a evolução constitucional e seus retrocessos, as ações afirmativas são o “mais ousado e inovador experimento constitucional” na área do direito, no século XX, utilizado como forma de promover a igualdade e combater a discriminação.

Dessa forma, as ações afirmativas surgiam com o intuito de beneficiar aqueles grupos que por algum motivo, seja em vista de raça, cor, credo, idade, classe social, compleição física ou mental, seriam discriminados em vista de sua condição.

E o que se verificou foi uma expansão dessas ações afirmativas por todo o mundo:

A exemplo de outros países, ação afirmativa nos Estados Unidos não só evoluiu como se expandiu. Espalhou-se para uma sucessão de grupos, para uma faixa mais ampla de atividades e indústrias, e o significado das palavras assumiu também maior elasticidade, tanto que “discriminação”, por exemplo, agora abrange aspectos que ninguém consideraria discriminação quando a lei dos direitos civis de 1964 foi aprovada.

Atualmente na esfera mundial, são inúmeros os países que se utilizam de ações afirmativas como a Alemanha, a Nigéria, o Canadá e a África do Sul, para citar alguns.

### **2.2.1 A experiência norte-americana**

Na década de 1950, pode-se perceber nos Estados Unidos um

descontentamento dos negros em vista do racismo que existia e a partir do final daquela década, também houve o “florescimento de vários movimentos em favor dos direitos humanos”. Mas logo, segundo Menezes, percebeu-se que apenas as decisões do poder judiciário seriam insuficientes para acabar com o preconceito que a muito estava presente naquele país e com a grande tensão social que estava a se formar.

Assim, John F. Kennedy, quando senador, foi um grande defensor das políticas em benefício das classes minoritárias e quando ocupou a Casa Branca em 1961, embora encontrando dificuldades em vista de congressista e até corregilionários, que não concordavam com seus programas sociais, em apenas dois meses criou um órgão que tinha por objetivo a fiscalização e repressão da discriminação no mercado de trabalho, utilizando pela primeira vez, muito embora, com uma conotação restritiva o termo *affirmative action*, em um texto oficial.

Sendo assim, com o Decreto 10.925 de 1961, os empregadores deviam contratar seus empregados de forma igual, sem que se observasse qualquer diferença de raça, credo, cor ou mesmo origem nacional, ou seja, as decisões deveriam ser isoladas de qualquer filiação a grupos. Conforme Sowell, inicialmente, nos Estados Unidos, as ações afirmativas ativeram-se ao mercado de trabalho, especialmente para negros, prolongando-se também para o acesso ao ensino superior e aos contratos que eram firmados com o Estado.

Importante destacar que enquanto Kennedy esteve no poder, empenhou-se em articular a aprovação de projetos que envolviam temas sociais, e mesmo não obtendo sucesso em todos eles, teve vitórias como o *Equal Pay Act*, em 1963, onde ficou proibido que, no desempenho de um mesmo trabalho, mulheres recebessem remuneração menor que os homens.

Com o assassinato do presidente Kennedy, o Vice presidente Lyndon B. Johnson procurou dar prosseguimento aos seus projetos, tanto que em julho de

1964, lançou o *Civil Right Act*, que tinha por objetivo

[...] a proibição de discriminação ou segregação em lugares ou alojamentos públicos (Título II); a observância de medidas não discriminatórias na distribuição de recursos em programas monitorados pelo governo federal (Título VI); a proibição de qualquer discriminação no mercado de trabalho baseada em raça, cor, sexo ou origem nacional, proibição essa que deveria ser observada pelos grandes empregadores, assim compreendidos todos aqueles que tivessem pelo menos quinze funcionários, incluindo-se as universidades, públicas ou privadas (Título VII). Esta última passagem do texto legal também instituiu a Permanent Equal Employment Opportunity Commission (EEOC), à qual foram conferidos poderes específicos para executar as novas diretrizes fixadas.”

Assim o Estatuto dos Direitos Civis de 1964 possuía diversos capítulos sendo cada um deles específico a um tipo de discriminação, ou seja, aquela relativa ao emprego, a religião, ao acesso a educação, do emprego em razão da idade, dos deficientes físicos, as discriminações em logradouros públicos, entre outros.

Dessa forma, segundo Pipes, as ações afirmativas têm como base legislativa a Lei dos Direitos Civis de 1964 e inúmeros decretos do presidente Johnson que determinavam que fossem seguidos através da Comissão de Iguais Oportunidades de Emprego, além de outras instituições federais.

Conforme ensina Menezes, não tendo obtido muitos resultados, em 24 de setembro de 1965, foi editada a *Executive Order* n. 11.246, a qual previa que as empresas que contratasse com o Governo Federal não deveriam ter práticas discriminatórias, bem como utilizassem medidas em favor daqueles que faziam parte de “minorias étnicas e raciais, de várias formas (recrutamento, contratação, transferência, níveis salariais e benefícios indiretos, promoção, treinamento etc)” afim de que fossem corrigidas as discriminações passadas e atuais. Embora, os resultados não foram totalmente satisfatórios, são um marco muito importante no combate as desigualdades sociais a partir de políticas governamentais. Inclusive, ampliando-as em outras convenções internacionais, como a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, em 1965.

Assim, nos informa o autor:

[...] De acordo com essa Executive Order, nos contratos celebrados pelo governo federal, “o contratante não discriminará nenhum funcionário ou candidato a emprego devido a raça, credo, cor ou nacionalidade. O contratante adotará ação afirmativa para assegurar que os candidatos sejam empregados, como também tratados durante o emprego, sem consideração a sua raça, seu credo, sua cor ou nacionalidade. Essa ação incluirá, sem limitação, o seguinte: emprego; promoção; rebaixamento ou transferência; recrutamento ou anúncio de recrutamento, dispensa ou término; índice de pagamento ou outras formas de remuneração; e seleção para treinamento, inclusive aprendizado.

Com o passar dos anos, o presidente Johnson assinou decretos que proibiam especificamente qualquer discriminação baseada na raça, crença, cor ou mesmo origem nacional, trazendo mais tarde também o sexo, exigindo inclusive que as instituições públicas e privadas apresentassem registro da “composição racial, étnica, religiosa e sexual de suas forças de trabalho”.

Diante disso,

[...] Requereu-se dos empregadores confessarem “deficiência na utilização” de minorias e de mulheres sempre que a paridade estatística não pudesse ser conseguida em todas as categorias de empregos, como primeiro passo para a correção de tal situação. O ônus da prova – e do remédio – foi deixada ao empregador. A “ação afirmativa” estava agora decisivamente transformada num conceito numérico, fosse ele chamado de “objetivo” ou de “cotas”. Ação afirmativa com esse sentido específico foi, portanto, um produto da década de 1970.

De certa forma, como refere o autor, as ações afirmativas foram se transformando em simples cotas, ou em números pré-determinados.

Porém somente com o governo Nixon é que se tornaram efetivas as medidas do *Civil Right Act* de 1964 com a *Office of Federal Contract Compliance (OFCC) Revised Order n. 4*, em dezembro de 1971, onde aqueles que contratassem com o governo federal deveriam “desenvolver, anualmente, *programas de ação afirmativa*” que atendessem especialmente mulheres e outros grupos minoritários. A partir daí, começaram a surgir inúmeros textos legais que tinham por objetivo

atingir diretamente o preconceito e a discriminação, especialmente nas áreas de relações de trabalho, nas instituições de ensino, relativas a homens e mulheres, a oportunidade de empregos aos portadores de necessidades especiais, entre outros.

No que se refere a educação e seu financiamento, Gomes descreve que foi muito importante, "o poder de barganha" que tem o governo federal, pois possui o maior orçamento de Estado, o que fez com que as entidades educacionais, sejam elas, públicas ou privadas promovessem um maior acesso aos cursos oferecidos, além de driblar a questão da autonomia universitária já que essas competências nos Estados Unidos ficam na esfera estadual. Dessa forma as entidades educacionais acabaram por precisarem incluir nos processos seletivos critérios com sexo e raça no intuito de obter uma maior diversidade.

Segundo Gomes, foi justamente essa luta, nos Estados Unidos, dos movimentos negros que acabaram por fortalecer as Ações afirmativas, e que são o "mais eficaz instrumento de concretização do ideal de uma sociedade justa e igualitária".

Assim, pode-se referir conforme fez Gomes, que nos EUA as ações afirmativas surgiram com o Poder Executivo, tiveram apoio do Poder Legislativo no que se refere a atividade de normatização, e do Poder Judiciário que deu legitimidade os programas dos demais poderes, que incrementou suas próprias medidas, além da iniciativa privada também ter desenvolvido seu papel.

Ao longo dos anos, porém, embora se percebesse uma expansão das ações afirmativas ao redor do mundo, verificou-se através de casos analisados pela Suprema Corte norte-americana que houve uma crítica maior e até mesmo a redução de procedimento baseados nas cotas, acabando os Estados Unidos, por fazer o caminho inverso.

## 2.3 A Fundamentação das Ações Afirmativas

É de primordial importância verificar a fundamentação das ações afirmativas, assim, conforme Fernández-Largo ao se tratar da fundamentação, o que se quer é “justificar a razão de ser dos conteúdos concretos do direito”. Não poderíamos, aqui, tratar de ações afirmativas sem trazermos as justificativas em que se baseiam. Segundo o autor, a fundamentação do direito deve existir para que os conteúdos normativos sejam justificados, evitando que caiam “em mãos das forças cegas da história e dos escuros poderes de uma sociedade que manipularão a seu interesse o direito”. Sendo assim, a principal justificativa das ações afirmativas é a justiça entre os indivíduos ou grupos minoritários, contudo resta saber que tipo de justiça.

Há inúmeras definições nos campos das mais diferentes ciências do que seja justiça, mas o que se pode afirmar segundo Barbosa, que é um princípio que busca ser “válido sempre e em todas as partes, independentemente do espaço e do tempo”.

Pode-se dizer com segurança que o interesse primordial do homem sobre a Terra é a justiça. A fim de restabelecê-la e mantê-la os homens se agruparam e criaram suas instituições. Grosso modo, pode-se dizer, toda organização social existe a fim de obter a realização da justiça.

Cada um de nós possuem a sua própria definição de justiça diante dos fatos da vida e da condição de cada um, somos capazes de através de nosso conhecimento e comportamento emitirmos o que entendemos como justo ou injusto.

Sobre a justiça Barbosa refere:

Qual o papel político da justiça? Ela é uma virtude que os governantes devem praticar como estado de coisas que deve ser instaurado? Deve haver igualdade ou hierarquia entre membros da sociedade? Em síntese: a justiça é a qualidade de conduta política que consiste em obedecer à ordem e às leis vigentes - mesmo que injustas - ou é ela um modelo ideal

ao qual se deve submeter o poder político?

Ainda que possa parecer para muitos utopia o fato de se ter uma sociedade justa, é indispensável que a justiça seja o objetivo de uma sociedade, e por isso todos devem trabalhar neste sentido. A mudança da sociedade começa com a mudança daqueles que compõem a sociedade, todos são responsáveis por uma parcela de culpa, pois diariamente cometemos injustiças e permitimos que outros cometam sem que se tomem providências.

Há uma série de justiça formais que são aquelas possíveis de se obter através do Estado por suas normas e regulamentos, por exemplo, o que o autor refere como justiça reparadora ou penal "aplicada aos que dolosamente o culposamente causarem danos a outrem". Destaca, ainda, que devem todas as leis e instituições que se apresentar como justas, pois as injustas não devem ter continuidade, e mais, que não se deve usar como justificativas de qualquer ato, para o bem da sociedade, qualquer forma de opressão aos indivíduos, o princípio da justiça nada tem a ver com princípios que permitem tratamento diferenciado entre os indivíduos.

Destaca o autor

[...] Assim, a justiça nega que a perda da liberdade para uns, em função do privilégio de outros, seja correta. Não se justificam a escravidão ou o trabalho forçado em nome de qualquer princípio de justiça. O sacrifício imposto alguns, se mais pesado que a larga soma de vantagens obtidas por outros, é intrinsecamente injusto.[...]

De acordo com Menezes, para justificar o tratamento diferenciado proposto pelas ações afirmativas aos indivíduos ou grupos excluídos existem duas correntes históricas que servem de base para as ações afirmativas, quais sejam, a justiça compensatória e a justiça distributiva.

As ações afirmativas podem ter um caráter redistributivo, ou em outros momentos um caráter reparador ou restaurador, e não raro há casos em que as



ações afirmativas apresentam as duas características. Segundo Gomes, as ações afirmativas são a forma mais recente para implementação do Princípio da Igualdade, uma vez que os fundamentos dessas ações estão quase sempre relacionados ao pensamento liberal, destacando-se dois postulados: o da justiça compensatória e da justiça distributiva além do que "circulam ainda certas concepções inspiradas de uma visão utilitarista, bem como do chamado multiculturalismo".

A primeira corrente refere que as ações afirmativas se fundamentam em uma justiça compensatória, pois em vista das discriminações promovidas pela sociedade ao longo do tempo, há a necessidade de corrigir os problemas decorrentes da discriminação anterior. Dessa forma se estaria "[...] promovendo, no presente, uma "reparação" ou "compensação" pela injustiça cometida no passado aos antepassados das pessoas pertencentes a esses grupos sociais [...]" isto por que as discriminações sofridas no passado podem atingir, de certa forma, as gerações futuras e, conforme refere o autor, trata-se de um "insuportável e injusto ônus social, econômico e cultural".

A justiça compensatória é um meio para que ocorra o ressarcimento pelos danos causados a determinados grupos sociais, seja por parte de pessoas físicas ou jurídicas, ou pelo poder público.

Assim assevera Escott,

As políticas sociais afirmativas buscam a compensação ou reparação com base na justiça compensatória, visando corrigir os efeitos da discriminação racial sofrida no passado pelos antecedentes do mesmo grupo racial, historicamente marginalizados, que se perpetuam contra seus descendentes.

A justiça compensatória tem como característica o fato de serem políticas ou mesmo programas que tem o intuito de beneficiar e compensar aquelas minorias que se encontram em desvantagens devido as discriminações ocorridas

anteriormente. Esta corrente tem por objetivo que se estabeleça um equilíbrio entre a situação passada e a situação atual, tem, portanto, um caráter retroativo para que aqueles que foram prejudicados anteriormente e, agora possam dispor de maiores direitos a fim de compensar os prejuízos sofridos.

Em vista da especificidade exigida por esta corrente é ela muito citada por aqueles que são contrários as ações afirmativas, pois podem se tornar injustas caso atinjam um contingente maior de pessoas, uma vez que engloba os não envolvidos.

As políticas compensatórias dirigidas aos setores negros da população tem sido conhecidas sob o termo de ações afirmativas e visam mais combater os resultados das práticas discriminatórias do que os atos concretos de discriminação. [...]

Contudo, por isso é importante a penalização somente daqueles que são responsáveis pela ação discriminatória, e que seja a vítima pessoalmente ressarcida e somente na medida proporcional do dano causado. Em vista dessa justiça compensatória, descreve Menezes que há opiniões mais radicais, onde há casos que somente serão compensados quando ocorrer uma verdadeira “discriminação reversa” em favor dos grupos marginalizados, mesmo que sejam elas temporárias.

Seria o caso de se admitir que embora essa compensação não fosse feita diretamente a aqueles que sofreram a discriminação no passado, se estaria garantindo que no futuro seus descendentes ou as gerações seguintes destes grupos discriminados não viessem a carregar tão pesado fardo da discriminação.

Reza Guimarães, dessa forma

[...] uma política compensatória (de ação afirmativa) só têm sentido quando o grupo para o qual tal política se dirige vive, de fato, uma situação de inferiorização e a privilegiamento negativo, no âmbito social geral, de tal modo que os mecanismos de privilegiamento positivo, criados para certos âmbitos específicos, não representam uma reversão

total e imediata daquela situação. [...]

Dessa forma, somente aquele que sofreu a discriminação é que pode exigir sua reparação ou compensação, além do que ela só pode ser cobrada de quem realmente a praticou, argumentos estes que acabam por atingir as justificativas da justiça compensatórias em decorrência da legitimação das ações afirmativas.

Segundo Matos, as ações afirmativas buscam combater os "efeitos acumulados de uma discriminação praticada no passado", por isso, embora sejam elas privadas ou estatais devem, zelar "pela democratização dos espaços e que garantam um trânsito livre as mais diferentes origens, sejam elas de ordem étnico-racial, de gênero, etárias etc."

Diversos países que utilizam-se de ações afirmativas, argumentam-nas baseados na noção de justiça compensatória, contudo do ponto de vista de Gomes o melhor argumento para justificar as ações afirmativas estão na justiça distributiva e não na justiça compensatória, mas entende ele que é possível muitas vezes verificar as duas juntas.

Entre aqueles que defendem a natureza distributivista, estão os que verificam sua natureza também utilitarista, para os quais a esta redistribuição que ocorreria acabaria por gerar um "bem-estar geral", uma vez que reduziriam as desigualdades sociais e em conseqüência uma série de sentimentos negativos decorrentes das situações.

A segunda corrente refere-se a justiça distributiva, onde, segundo Menezes, as ações têm por objetivo uma redistribuição de encargos e também dos benefícios sociais entre os indivíduos que compõem uma sociedade. A corrente distributiva relaciona-se a uma igualdade proporcional, onde todos teriam os mesmos direitos, privilégios e acesso. Assim o simples fato de um grupo estar em posições de inferioridade autorizariam a utilização de políticas de ações afirmativas. Dessa forma, as ações afirmativas com o intuito de produzir uma

distribuição da justiça permite que os grupos e indivíduos que não são beneficiados pelas mesmas acabem por suportar o ônus, em vista de um bem maior que é uma sociedade igualitária e mais justa.

A intenção é que sejam elevadas as participações destas minorias na sociedade que a *priori* são discriminadas, para que, ao longo do tempo, as desigualdades sejam reduzidas e se verifique uma distribuição nos mais diferentes segmentos.

Sobre o caráter distributivo das ações afirmativas, tem a ensinar o que se segue

[...] Portanto, sob essa ótica, a ação afirmativa define-se como um mecanismo de "redistribuição" de bens, benefícios, vantagens e oportunidades que foram indevidamente monopolizadas por um grupo em detrimento de outros, por intermédio de um artifício moralmente e juridicamente condenável - a discriminação, seja ela racial, sexual, religiosa ou de origem nacional.[...]

A justiça distributiva, como o próprio nome já diz, prevê uma "[...] redistribuição equânime dos ônus, direitos, vantagens, riqueza e outros importantes "bens" e "benefícios" entre os membros da sociedade [...]". Conforme Gomes, refere-se as possibilidades que determinadas pessoas ou grupos teriam de ocupar certos lugares, se situações alheias não tivessem os impedido, e não houvessem intervenções, o que possibilitaria que as pessoas estariam ali naturalmente, ocupando determinados lugares.

A natureza distributiva toma por base a igualdade de todos os seres humanos no momento de seu nascimento, conforme descreve o autor:

[...] Este seria o ponto de partida de toda e qualquer consideração que se pretenda séria no campo do direito à igualdade, pois no momento do nascimento inexistem fatores relevantes de distinção entre as pessoas, a não ser aqueles de ordem natural, inerentes à raça e sexo, os quais, por sua natureza não se revestem de maior importância para efeito de aferição de futura inteligência ou capacitação. As diferenças vão surgir ao longo da vida, e são impostas pela sociedade, pelos valores nesta

prevalentes.[...]

As ações afirmativas pretendem que seja possibilitado a determinados grupos ou pessoas o que teriam direito se "não tivessem esbarrado no obstáculo intransponível da discriminação." Dessa forma, determinadas situações da vida especialmente decorrentes de atos discriminatório ou de segregação viriam a impedir que essas pessoas, ao longo de sua vida, tivessem oportunidades seja nas escolas ou no trabalho. A série de fatores ocorridos em sua vida acaba por acarretar um desnivelamento para com os demais o que lhe foi prejudicial.

Em decorrência desses apontamentos, a justiça distributiva é tida como fundamento das ações afirmativas para a maioria dos que a defendem e, embora possam ter falhas, ainda são a melhor maneira de justificar as ações afirmativas.

As justificativas são fundamentais para adoção e implementação de ações afirmativas. São necessários argumentos justos e convincentes, medidas genéricas sem um mínimo de análise nas situações concretas só virão a desconsiderar o Princípio da Igualdade, e não é porque uma pessoa tem melhores condições financeiras, físicas, ou porque pertence a determinada raça que pode ser tratada sem a observância do Princípio da Igualdade e em consequência ser discriminada.

### **2.3.1 Discriminação**

Após a Revolução Francesa e especialmente a partir da segunda metade do século XIX, o Direito Constitucional Moderno buscou de diversas maneiras promover a igualdade e também condenar a discriminação.

No artigo 1º da Convenção do Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, há a definição do que considera-se racismo a nível mundial, e segundo o Gomes, é a melhor definição sobre discriminação encontrada no direito internacional, sendo

[...] qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha o propósito ou o efeito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública.

Cabe destacar que tal descrição não é taxativa, mas somente explicativa, devendo, por isso, ser reprimida qualquer forma de discriminação que venha a causar prejuízo as pessoas.

Já a discriminação de gênero está expressa no artigo 1º da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (adotada pela ONU em 1979, entrando em vigor em 1981) como sendo

[...] toda distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo que tenham por objeto o resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo, exercício pela mulher, independente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e das liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo.

Segundo Gomes, o fato de se discriminar é uma forma de agredir ou privilegiar alguém, a ponto de dar mais importância as diferenças do que a todo contexto,

O preconceito, como a própria palavra refere, trata-se de um pré conceito, um conceito anterior, antecipado, inicial, que muitas vezes pode estar equivocado. No preconceito apenas uma das partes consegue visualizar tal fato, enquanto na discriminação há no mínimo duas pessoas envolvidas, aquele que discrimina e aquele que sofre discriminação.

A discriminação intencional ou tratamento discriminatório é segundo Gomes a mais conhecida forma de discriminação e ocorre quando alguém é tratado de forma desigual, seja esse tratamento diferenciado em vista de sua raça, sexo, origem, ou outras características que lhe faça diferente da maioria. É neste sentido

que buscam agir a maioria das normas anti-discriminatória que existem. Para esse tipo de discriminação, a simples proibição legal não surte maiores efeitos, porque seja pelo aspecto cultural ou psicológico das ações discriminatórias, elas acabam por tornarem-se banais e depois porque em decorrência do passado escravocrata e patriarcal acabam sobrando sempre cargos inferiores para negros e mulheres.

Importante salientar que as normas meramente proibitivas não são capazes de acabar com a discriminação, sendo necessárias, por isso a utilização das ações afirmativas, pois nas palavras do autor elas, "[...] aptas a interromper a dinâmica do processo discriminatório e a promover, através do seu efeito persuasivo e pedagógico, a correção das injustiças por ele provocado."

As ações afirmativas não têm como objetivo combater a discriminação direta, o ato discriminatório em si, que é função das políticas repressivas, mas sim combater a discriminação e a desconsideração das minorias.

Contudo, ainda assim há críticas quanto ao fato de privilegiar determinadas pessoas em detrimento de outras, como se pode verificar nas palavras de Guimarães

Um dos argumentos mais ouvidos dos que combatem a ação afirmativa reduz-se a uma questão de princípio: o privilégio positivo de desprivilegiados seria, ainda assim, uma forma de discriminação e, como toda discriminação, também odiosa [...].

Não obstante, há situações em que o termo discriminação pode adquirir um caráter um tanto quanto despojado, e não somente um caráter de ilicitude, pois haverá situações que poderão ter justificadas a implementação de suas condutas discriminatórias, sendo assim, tratam-se de discriminação, mas com efeitos positivos, sendo, portanto formas legítimas de diferenciação.

Assim, a discriminação na maioria das vezes está atrelada a uma conotação

negativa, mas é importante destacar que a palavra discriminação não tem apenas uma significação negativa, pois pode também ser entendida em sua versão positiva, onde pessoas que são discriminadas e por isso encontram-se excluídas da sociedade acabam por receber benefícios para que sua situação seja melhorada.

As ações afirmativas podem ser definidas como ações que visam reduzir desigualdades, permitindo que as minorias possam ser visualizadas em condições de igualdades. O grande objetivo das ações afirmativas é a eliminação da exclusão social, já que procuram auxiliar os grupos que sofrem maiores preconceitos e discriminações.

Não é mais possível que a discriminação continue a ocorrer, conforme descreve Gomes,

[...] Não podemos continuar a dispensar um tratamento formalmente igual aos que, de fato, são tratados como pertencendo a um estamento inferior. Políticas de ação afirmativa têm, antes de mais nada, um compromisso com o ideal de tratarmos todos como iguais. Por isso, e só por isso, é preciso, em certos momentos, em algumas esferas sociais privilegiadas, que aceitemos tratar como privilegiados os desprivilegiados.

Às vezes a própria possibilidade de discriminação acaba por frustrar projeções e desejos que futuramente poderiam vir a ocorrer, então os indivíduos não chegam nem a tentar realizar seus sonhos, pois sabem que em um futuro próximo serão barrados.

Um problema crucial apontado por Gomes é de que sempre que há uma atitude discriminatória o ônus da prova cabe a quem é vítima da discriminação, uma vez que a intencionalidade é requisito fundamental, isso acaba sendo problemático para países como Brasil onde a discriminação é velada, e torna-se mais difícil provar a intencionalidade. Assim, é cada vez mais difícil punir o ato discriminatório, pois não havendo prova não há processo, calando-se, as poucas



vozes que se levantam contra ações discriminatórias.

Ao se destacar que sem o Estado seria impossível combater a discriminação e suas mais diversas formas, é de suma importância o empenho do poder público para que a discriminação seja reduzida e finalmente tenha um final. E somente por isso que nos Estados Unidos foi possível a implementação de medidas de redução das desigualdades sociais. Há a referência de que naquele país, assim como nos demais, os recursos públicos devem ser aplicados para atender os interesses e coletivos.

O castigo de forma isolada não é capaz de alterar condutas, o que acaba por prejudicar inclusive a harmonia social. No Brasil a Lei Áurea, a Lei Afonso Arinos de 1951, e tantas outras leis infra-constitucionais em defesa dos negros, tem trazido alterações significativas ao longo dos anos, mas ainda assim mostram-se insuficientes, pois continuam a existir ações discriminatórias.

Entretanto o Brasil já experimentou legislar acerca da discriminação, mas não é suficiente somente criminalizar estas situações, é necessário também uma tomada de consciência coletiva que se possa efetivamente tratar da igualdade e não apenas impor, diante da população.

Não basta que se recriminem os atos discriminatório e preconceituosos, de nada adianta lotarmos o sistema carcerários, ou ainda levar essas discussões para o banco dos réus, se passado aquele momento a sociedade ainda se voltará a discriminar em vista de sua cultura arraigada e a muitos anos equivocada.

Certamente são os negros os maiores destinatários das ações afirmativas, pois a discriminação que mais se tem conhecimento é a racial, em vista de sua forma velada acaba por atingir um grande número de pessoas, em decorrência da questão social que envolve. A discriminação de gênero também está presente em nossa sociedade, embora a Constituição Federal de 1988 buscou a igualdade de

homens e mulheres.

Jaccoud e Beghin trazem alguns conceitos para um melhor entendimento sobre discriminação e preconceito, referindo que o preconceito racial refere-se a toda manifestação negativa diante de indivíduos e grupos ou instituições, baseada em generalizações da raça a que pertencem. Enquanto que a discriminação racial diz respeito a todas as distinções ou preferências que têm por objetivo anular a igualdade seja ela de oportunidade ou de tratamento, já a discriminação racial direta refere-se a ações concretas de discriminação, a qual ocorrem em vista da cor, e a discriminação indireta não decorre de atos expressos, mas de práticas a princípio neutras que dispõe de grande potencial discriminatório. Também conhecida como discriminação invisível.

Há situações que saltam aos olhos, pois é de conhecimento de todos que os negros são minorias nas universidades, que os portadores de necessidades especiais encontram dificuldades em conseguir o emprego, que as mulheres em vista da maternidade acabam sendo a segunda opção para o trabalho, e assim podem ser descritas inúmeras outras situações. Por isso mesmo que é possível referir que existe discriminação no Brasil nas suas mais variadas formas.

Enquanto Kymlicka pretende o reconhecimento das minorias e sua participação na sociedade, as ações afirmativas têm por objetivo aumentar a participação de determinados grupos com o objetivo de acabar com a discriminação e exclusão social. Partindo disso, pode-se afirmar que o reconhecimento que Kymlicka tantas vezes prega é o primeiro passo para que, com a posterior utilização de políticas afirmativas, seja possível permitir aos grupos minoritários e desfavorecidos sua inclusão como membros da sociedade ativamente participativa.

Seguindo os ensinamentos de Kymlicka, cabe destacar que o respeito as diferenças é condição para uma vida pacífica em sociedade e mais, que esse

respeito só ocorre de fato quando são reconhecidas as diferenças, especialmente das minorias. E ainda que o autor não trate em seus trabalhos especificamente sobre ações afirmativas, sua teoria busca esclarecer formas que auxiliam na redução das desvantagens das minorias frente as maiorias, no intuito de assegurar que os grupos minoritários tenham as mesmas oportunidades de vida que os membros das maiorias.

Embora as ações afirmativas devam ser utilizadas somente quando se verifiquem tratamentos discriminatórios entre os indivíduos ou grupos, inúmeras discussões surgem ainda trazendo apontamentos favoráveis e contrários as ações afirmativas como veremos a seguir.

## **2.4 Argumentos favoráveis e contrários as Ações Afirmativas**

As ações afirmativas são um dos temas mais polêmicos frente ao Princípio da Igualdade e, por isso há posicionamentos a favor e contra tais práticas.

Rios afirma que vários são os motivos que tornam o estudo comparativo entre o direito brasileiro e norte-americano sobre as ações afirmativas muito importante e necessário. Inicialmente, em vista de que elas se projetaram a partir daquele país atingindo níveis internacionais, depois em decorrência das experiências dos movimentos sociais norte-americanos, especialmente os negros, que muito influenciam os brasileiros e, finalmente, pelo número de discussões que pode auxiliar no amadurecimento de posicionamentos no Brasil. Segundo o autor, há vários argumentos utilizados pela Suprema Corte norte-americana para justificar a utilização de ações afirmativas, alguns dos quais utilizaremos devido a importância.

Segundo Gomes, o argumento mais utilizado pelos defensores das políticas

de ações afirmativas é o de que, com uso de medidas proibitivas ou repressivas contra a discriminação, não teriam tanto efeito quanto as ações afirmativas, que buscam promover o reconhecimento de princípios como a diversidade e pluralismo no intuito de transformar o comportamento social tantas vezes decorrente da tradição e da história. Busca-se abandonar a mentalidade de que há a superioridade de uma raça ou de um sexo sobre os demais.

Aqueles que defendem as ações afirmativas, utilizam-se de inúmeras justificativas, entre elas a possibilidade de criação de modelos para que os demais integrantes dos grupos tenham referência e possam, dessa forma, atingir a tão esperada ascensão social.

Gomes prefere referir que as ações afirmativas permitiriam a existência de "personalidades emblemáticas", ou seja, de exemplo de pessoas que atingiram o sucesso e com isso a mobilidade social. Na verdade, seriam pessoas, que através das posições sociais que alcançaram serviriam como incentivo principalmente aos jovens de que é possível realizar os seus sonhos e objetivos de vida.

Nas palavras do autor,

O elemento propulsor dessas transformações seria, assim, o caráter de exemplaridade de que se revestem certas modalidades de ação afirmativa, cuja eficácia como agente de transformação social poucos até hoje ousaram negar. Ou seja, de um lado essas políticas simbolizam o reconhecimento oficial da persistência e da perenidade das práticas discriminatórias e da necessidade de sua eliminação. De outro, elas têm também como meta atingir objetivos de natureza cultural, eis que delas inevitavelmente resultam a trivialização, a banalização, na polis, da necessidade e da utilidade de políticas públicas voltadas a implantação do pluralismo e da diversidade.

Essa criação de modelos positivos, nos quais há a presença de pessoas pertencentes a grupos minoritários desfavorecidos em profissões qualificadas e em altas classes da sociedade, surgem como estímulos para os demais indivíduos pertencentes aos grupos, contudo há críticas, especialmente nos Estados Unidos, por parte da Suprema Corte uma vez que entendem que não há uma relação com

a discriminação ocorrida no passado, além de só haver o benefício as vítimas imediatas.

Ainda assim, cabe destacar que é positiva a existência desses modelos, como refere Rios

Todavia, tal justificativa ganha força se for adotada uma perspectiva mais ampla, admitindo a legitimidade das ações afirmativas como combate à discriminação social, difusa e institucional. De fato, a associação recorrente entre certas profissões e uma determinada raça, perceptível na linguagem cotidiana e influenciadora dos processos cognitivos, mostra como a proibição das ações afirmativas torna ainda mais difícil a superação do racismo.

A diversidade também é pressuposto das ações afirmativas, permitindo assim que os grupos que são minorias tenham maior representatividade tanto nos setores públicos com privados. Destaca Gomes que os grupos "normalmente não são representados em certas áreas ou são sobrepresentados" nos cargos de maior prestígio e poder seja da iniciativa privada ou do poder público. Assim, busca-se que a representatividade na sociedade desses grupos minoritários seja também a representatividade no mercado de trabalho.

Essa diversidade traz benefícios para o país, que tem seu caráter multicultural aumentado, e seria um erro não oferecer oportunidades de emprego e educação para certas camadas da sociedade prejudicando inclusive a competitividade, nas palavras do autor, "Portanto, agir "afirmativamente", significa também zelar pela pujança econômica da nação".

A justificativa mais aceita na jurisprudência norte-americana refere-se a essa promoção da diversidade, sob o argumento de que em um sistema "colorblind" não se verifica a produção da diversidade de modo que venha satisfazer essas situações. Dessa forma, trata-se de um forte argumento uma vez que busca o incentivo à diversidade, baseado especialmente no acesso e atuação de todos os indivíduos na sociedade, possibilitando uma sociedade mais diversificada,

tolerante e miscigenada.

Também, a “provisão de serviços para as comunidades discriminadas” possibilitaria um maior número de pessoas inseridas naquela comunidade que iriam atender as pessoas que ali convivem, ocasionando assim um incremento na prestação dos serviços naquele local.

A justificativa baseada na natureza compensatória ou reparatória como já referimos, surge para destacar a importância das ações afirmativas, sob o argumento de que as medidas seriam uma forma de compensar determinados grupos pelos prejuízos causados em decorrência dos erros do passado, a “escravidão, os regimes jurídicos e as práticas sociais discriminatórias de então seriam o fundamento para a compensação atual”.

O objetivo das ações afirmativas, portanto, não é somente evitar que ocorram situações de discriminação, mas também e "sobretudo eliminar" os efeitos culturais e comportamentais da discriminação já ocorridas no passado e que acabam sendo reprisados ao longo dos anos. Um deles é “o combate aos efeitos presentes da discriminação passada”, a qual busca identificar os responsáveis pela discriminação passada e fazer com que os mesmos compensem os erros em vista daquele que comprovadamente foi discriminado.

E nestes casos de compensação por discriminações cometidas no passado, não se pode deixar de referir a questão racial

Os argumentos em favor das políticas de ação afirmativa e da necessidade de sua implementação no Brasil assentam-se, assim, em três pressupostos centrais. O primeiro considera que as iniquidades sociais no Brasil têm um forte componente racial. As profundas desigualdades sociais organizam-se, em larga medida, em torno do critério cor/raça. O segundo pressuposto é o de que tais desigualdades raciais que se assentam em causas históricas e sociais, entre as quais o preconceito racial e a discriminação racial [...] O terceiro pressuposto é o de que para promover a inserção desse grupo excluído por tão pesada teia de preconceitos as políticas públicas universais e as leis do mercado são insuficientes.

As ações afirmativas são instrumentos que buscam a promoção da igualdade material, contudo devem ser muito bem analisadas e elaboradas, para que não venham causar maiores problemas.

Muito embora Kymlicka demonstre interesse e preocupação acerca da inclusão das minorias, principalmente, étnicas e culturais, não deixa ele de fazer referência acerca das ações positivas, como as chama, através de um comparativo de sua teoria com as ações afirmativas, relatando que os programas de ação afirmativa "*distribuyen asimétricamente derechos o oportunidades en función de la pertenencia de grupo*", inclusive destacando que a justificativa para a implementação de políticas afirmativas é de que elas são necessárias para que se atinja a verdadeira igualdade. Por isso é tão importante que havendo realmente essa diferenciação entre os grupos, que se utilizem de medidas para corrigí-las, mesmo que, com isso, a coletividade seja de certa forma prejudicada.

Assim assevera Kymlica

*Como sucede con los derechos de autogobierno, el argumento de la igualdad intenta demostrar, en el caso de la acción positiva, cómo la estructura de los derechos individuales comunes está concebida para tratar a todas las personas por igual, aunque en realidad perjudica a los miembros de una colectividad determinada. Muchas reivindicaciones específicas en función del grupo pueden considerarse de esta manera; es decir, como elementos compensadores de las desventajas y vulnerabilidades de determinados grupos dentro de la estructura de los derechos individuales comunes.*

A crítica relativa a igualdade formal, referente aos direitos estabelecidos perante a lei acaba muitas vezes por impedir o acesso igualitário a todos os indivíduos e especialmente aqueles referentes à brancos e negros. Dessa forma, ainda que somente com a utilização de ações afirmativas é que será possível permitir o acesso igualitário às oportunidades para que todos os cidadãos possam usufruir, sendo assim, seria possível "tratar desiguais de forma desigual com o objetivo de promover a igualdade de oportunidades hoje negada aos grupos

racionalmente discriminados" .

Acerca da contrariedade às ações afirmativas podem ser encontrados na doutrina inúmeros argumentos, contudo, é no mínimo interessante que a grande maioria dos autores não se manifesta diretamente contra as ações afirmativas, mas trazem informações do tipo “aqueles que são contra as ações afirmativas argumentam que” ou “os autores que criticam as ações afirmativas baseiam-se em”, mas sem que com isso indiquem quem são estes autores.

Em decorrência desses posicionamentos, há autores que trazem em suas obras de forma bastante clara, inclusive em forma de itens quais são os principais apontamentos contrários as ações afirmativas, mas não definidos por eles mesmos, mas sim utilizando-se da referência a outros autores que não identificam, como podemos verificar a seguir.

Conforme Guimarães, os que são contrários as ações afirmativas ocupam-se de três posicionamentos no Brasil, o primeiro seria de que não há diferenças éticas e raciais uma vez que o povo brasileiro tem somente uma raça, depois porque ao se utilizarem de ações afirmativas se estaria deixando de lado o princípio do mérito, e por fim de que as ações afirmativas são inviáveis no Brasil.

Jaccoud e Beghin<sup>B</sup> trazem a nosso conhecimento os ensinamentos que Santos refere como básicos, levantados contra a adoção de políticas afirmativas, como o fato de as ações afirmativas poderem ferir o princípio da isonomia, o segundo argumento seria de que nos dias atuais as capacidades pessoais acabam por ser fundamentais, além do que as ações afirmativas devem ser voltadas aos menos favorecidos economicamente e não estar baseadas em raças e, finalmente, que é muito difícil definir quem é negro ou não no Brasil.

Enquanto Rios apresenta três argumentos em objeção as ações afirmativas, sendo:



(1) a necessidade de observância do mérito e a consequência de injustiça dos prejuízos à população branca; (2) a tensão entre um modelo de proteção individual ou grupal dos direitos e a gravidade de algumas modalidades de ação afirmativa-especialmente as cotas e (3) o caráter prejudicial à população negra destes programas, dado o reforço dos estigmas e preconceitos deles decorrentes.

Já Bernardino resume as idéias contrárias as ações afirmativas em posicionamentos que entende serem os mais freqüentes utilizados por aqueles que são contra as ações afirmativas, sendo o primeiro de que não há negros no Brasil, pois somos todos mestiços e, por isso, é muito difícil definir quem é negro, outro posicionamento é o de que não devemos nos preocupar com a raça mas sim com as classes sociais, depois por que as ações afirmativas podem vir a comprometer a qualidade das universidades e também porque as ações afirmativas acabam por reforçar o preconceito contra negros.

Conforme Rios, existem inúmeros argumentos contra as ações afirmativas, baseados no fato de que seriam criados novos prejuízos, pois, seriam vítimas inocentes e que acabaram por ser discriminadas de forma inversa, sob a justificativa de que a igualdade pressupõe tratamento igual entre todos sem discriminação de raça, não podendo por isso, nem mesmo discriminar para beneficiar.

Sendo assim, aqueles que são contra referem que estaríamos criando um novo contingente de excluídos e por causa das ações afirmativas passam a ter violados os próprios direitos constitucionais.

Tratando das ações afirmativas no ensino superior dos Estados Unidos, Pipes afirma que:

Procedimentos de ação afirmativa inevitavelmente provocam “discriminação inversa”, ou seja, a exclusão de candidatos do sexo masculino e/ou brancos à faculdade ou candidatos a professor com qualificações iguais ou melhores para admissão do que candidatos do sexo feminino e/ou negros à faculdade ou ao corpo docente.

Em decorrência do fato de serem as ações afirmativas práticas que beneficiam alguns grupos de indivíduos sob o ônus e prejuízos de outros, é relevante a crítica em vista de que não se pode sacrificar determinados grupos para o bem estar de outros.

Continua a indagação de que, ao se admitirem ações afirmativas de uma forma geral, estaria se abrindo precedentes para o tratamento diferenciado entre os indivíduos, e isso se refere também a tratamento diferenciado que venha a prejudicar outros grupos, pois há a possibilidade de políticas afirmativas ser utilizadas tanto para o lado de redução de desigualdades como para o aumento, já que prevêem a possibilidade de um tratamento diferenciado entre os indivíduos. E além do mais, ao se permitir uma política afirmativa, poderá se violar o direito daquele cidadão que terá de arcar com o ônus do benefício para as minorias.

Também salientamos o descrito na obra de Menezes acerca das críticas as ações afirmativas, relativas a discriminações ocorridas no passado

A compensação por discriminações passadas ainda pode ser colocada dentro desse conceito, desde que o programa de ação afirmativa volte-se para atos específicos e seja restritivo. Ou seja, ele deve ser corretivo, devendo conceder o mínimo de benefícios possível e apenas para os indivíduos efetivamente discriminados.

Ao se permitir aos indivíduos as compensações em vista de discriminações sofridas no passado, as críticas as ações afirmativas ganharam força pois, conforme Rios, quando se busca “o combate aos efeitos presentes da discriminação passada” não é fácil mensurar a culpa daquele que foi o instituidor da discriminação e agora pretende adotar ações afirmativas para compensá-las.

Nesses casos as ações afirmativas poderiam estar sendo utilizadas para beneficiar pessoas que nunca foram vítimas de nenhum tipo de discriminação, sob pena de que aqueles que nunca deram causa a prática de atos discriminatórios terem de suportar tal benefício em detrimento a exclusão, além do que é muito

difícil definir qual a forma mais correta para se compensar cada um dos indivíduos em vista das diversas discriminações que podem ter ocorrido.

Quando essa diferenciação é arbitrária e desnecessária, mostra-se artificial e não tem motivo de existir. Neste caso, mesmo que com denominação de ação afirmativa, em vista do prejuízo causado aos demais sem a devida justificação, não devem ser aceitas.

Outra crítica, utilizada por aqueles que são contra, é o estigma formatado diante dos que são beneficiados por programas de ações afirmativas, pois há argumentos de que por esforços próprios não teriam eles condições de atingir tais objetivos ou status, necessitando de auxílio em vista da falta de capacidade seja física ou intelectual. Além do que o acesso facilitado mediante as ações afirmativas, poderia gerar a idéia de que se tratam de situações muito fáceis e que participar de uma minoria já traria como resultado a própria inclusão na sociedade.

Bernardino lembra ainda que vários autores alegam que a implementação de ações de afirmativas nas universidades viriam causar a perda de qualidade das mesmas, sob o argumento de que a exigência seria menor para possibilitar a entrada de pessoas não qualificadas nas universidades.

Ressalta-se, ainda, os ensinamentos de Munanga acerca das ações afirmativas a partir daqueles que as condenam:

4. A política de cotas raciais poderia prejudicar a imagem profissional dos funcionários, estudantes e artistas negros, por que eles serão sempre acusados de ter entrado por uma porta diferente. Ou seja, no momento das grandes concorrências, as cotas poderiam perigosamente estimular os preconceitos. Pior ainda, sob pretexto de favorecer materialmente uma população desfavorecida, essa política pode prejudicar os valores mais respeitáveis: o orgulho e a dignidade da população negra. Contra esse tipo de argumento, eu diria que ninguém perde seu orgulho e sua dignidade ao reivindicar uma política compensatória numa sociedade que por mais de 400 anos, atrasou seu desenvolvimento e prejudicou o exercício de sua plena cidadania [...].

Segundo o autor, na verdade, se isso realmente acontecer estaríamos

discriminando ainda mais aqueles que se utilizaram das cotas para ingressar nas universidades. Se nem os judeus deixam de reivindicar indenizações em vista do holocausto, por que os negros se sentiriam inferiorizados em utilizarem-se de políticas afirmativas no intuito de lhes reparar um mal que vinham sofrendo durante gerações.

Munanga refuta, mas também não deixa de salientar a opinião de alguns responsáveis por universidades públicas que temem a diminuição na qualidade e no nível de ensino das universidades tendo em vista que “eles não têm as mesmas aquisições culturais dos alunos brancos” .

Os que condenam as políticas de Ação Afirmativa ou as cotas em favor da integração dos afro-descendentes utilizam de modo especulativo argumentos que pregam o *status quo*, ao silenciar as estatísticas que comprovam a exclusão social do negro. [...]

No que se refere às "Questões do mérito e dos danos causados às vítimas inocentes" ou seja, "a situação de brancos preteridos em virtude de ações afirmativas". Destacam-se aqueles que afirmam que o critério racial deve ser utilizado de modo temporário a fim de evitar maiores prejuízos, já que o mérito individual não admite que critérios raciais sejam dados em detrimento de competências em uma seleção para o trabalho.

Outro argumento que se tem utilizado desde que se começou a falar de ações afirmativas no Brasil, é o de que não existem nem negros nem brancos, mas sim que somos todos mestiços, e por isso salientam que não deve se falar em ações afirmativas para determinados grupos raciais. "[...] Portanto, segundo os defensores da singularidade da democracia racial brasileira, o reconhecimento do racismo equivale a desafiar as bases de nossa nacionalidade. [...]"

Embora somos sabedores do posicionamento de Munanga acerca das ações afirmativas, é importante trazer neste texto suas considerações, uma vez que ele refere inúmeras situações em que há posicionamentos contrários as ações

afirmativas e as suas práticas, e por isso nos auxiliam a demonstrar como também são criticadas por diversos segmentos as ações afirmativas.

Reações absurdas e inimagináveis vieram dos setores informados e esclarecidos que geralmente têm vozes na sociedade brasileira. “Que absurdo, reservar vagas para negros”, o que caracterizam como uma injustiça contra alunos brancos pobres! “Aqui somos todos mestiços”, quer dizer que no Brasil não existem mais nem negros, nem brancos, nem índios, nem japoneses, por causa do alto grau de mestiçamento. “Aqui, não estamos nos estados Unidos para impor soluções que nada têm a ver com a nossa realidade genuinamente brasileira” etc.[...].

Assim, argumentam que não é possível identificar quem é negro, devido à grande mestiçagem, sem contar ainda discussões em torno de identidades científicas ou de definições próprias de cada um. Guimarães destaca acerca disso que, embora sejam os indivíduos beneficiados em vista de situações de desvantagem, levarão esse estigma de desvantagem pelo resto da vida enquanto o benefício, como devem ser as ações afirmativas, serão temporários, por isso talvez os benefícios não sejam tão bons assim.

Continua o autor

O argumento que me parece mais importante é aquele que lembra também o óbvio: como pode um estado que não identifica racialmente seus cidadãos beneficiar os cidadãos negros? Hoje, no Brasil, a identificação da raça ou da cor só é feita por muito poucas agências e não consta dos principais documentos fornecidos pelo estado, tais como a cédula de identidade, a carta de habilitação para dirigir, a carteira de trabalho, etc. Neste contexto, faz sentido perguntar-se como se poderá fazer uma distribuição justa de determinados bens entre os que eventualmente o se considerem negros. [...].

No que se refere às disparidades regionais de ocupação por populações indígenas ou negras, a de se perceber que também a definição de quem é negro, por exemplo, varia de região para região, uma vez que conforme o ponto do Brasil a definição de “quem é negro” pode ser diferente de um outro. Mas ainda assim poderiam, os contrário se referir que há regiões onde a população negra é maioria e assim estaria sendo criado mais um problema, diante disso o autor refere que:

Acho essa hipótese implausível: a região onde existe um maior número de pessoas que se declaram "pretas" é Salvador, com apenas 15,6%<sup>89</sup>. (89 dados da pesquisa nacional de amostragem por domicílio (PNAD), referentes a 1995) não há nada que me diga que os 64,9% que se declaram "pardos", nessa cidade, queiram, ou venham a querer, no futuro, ser negros. E no dia em que a maioria dos 80% de pardos e pretos se identificar como negros e tiver acesso regular às universidades, por exemplo, não haverá mais necessidade de políticas de ação afirmativa.

Assim também como há aqueles que referem o fato de que se não podemos estabelecer de forma bem definida e rígida uma classificação de raça ou de cor e por isso não seria possível identificar os verdadeiros beneficiários, além do que não há uma distribuição uniforme de índios e negros nas regiões do Brasil.

Como não há definições precisas sobre a raça, e poderiam alguns indivíduos oportunista acabar por se utilizarem da situação para serem beneficiados, não há que se referir que seria impossível isso acontecer, mas deve-se perceber que não há como negar ações afirmativas baseada nestes argumentos, pois assim, os que possuem piores condições e são menos favorecidos, conseqüentemente, acabariam por ser penalizados por atos que os oportunistas poderiam se aproveitar.

Conforme Munanga não se pode deixar de implementar o sistema de cotas sob o argumento de que, devido a grande mestiçagem, alunos brancos pobres estariam se passando por negros ou afrodescendentes para assim conseguir uma vaga. Talvez não tenham ocorrido situações, mas que podem vir a ocorrer procedimentos onde devido a sua fragilidade, brancos estariam se passando por negros para conseguir, por exemplo vagas nas universidades.

Guimarães descreve outro obstáculo utilizado como argumento por aqueles que são contrários as ações afirmativas, que é o fato de o número de pessoas "destituídas de direitos e de igualdade de oportunidades" no Brasil é tão elevado que utilizar-se de ações afirmativas que têm por intuito beneficiar determinados grupos de pessoas acaba por ser inviável. Por isso entendem os defensores

dessa idéia que é melhor não ter nada do que ter algo, que podem não atingir a todos os necessitados.

Há também aqueles que entendem que o problema reside nas classes sociais, que os males da sociedade giram em torno do combate à pobreza e que as diferenciações de raças não seriam tão importantes.

Muito bem descreve Bernadino acerca do assunto

É verdade que parte das mazelas sociais brasileiras é explicada pela nossa iníqua desigualdade social. Porém que, qualquer explicação da nossa realidade social baseada somente num determinismo classista será uma explicação parcial desta realidade, assim como serão insuficientes quaisquer políticas públicas recomendadas por esta percepção unilateral da realidade. Diversas pesquisas e estudos têm demonstrado que a raça também tem um peso significativo na explicação das desigualdades do nosso país, assim como têm apontado para a necessidade de políticas racialmente orientadas.

Há, ainda, argumentos de que a implementação de cotas não deu certo nos Estados Unidos, que foi o primeiro país a implantá-las e por isso mesmo hoje se tem notícia que algumas ações deixaram de existir. Também há críticas no sentido de que nos Estados Unidos tais experiências teriam apenas beneficiado a classe média negra não atendendo assim aos mais desfavorecidos acabando, muitas vezes, por aumentar ainda mais o conflito racial.

Nessa linha, Pipes afirma que as normas anti-discriminatórias, nos Estados Unidos, desde 1964 acabam não só por discriminar os indivíduos que não fazem parte dos grupos que são beneficiados, mas também acabam por subverter aquelas instituições que são atingidas.

Ainda prega Rios que, as oportunidades sejam de empregos ou na educação, como outras, devem ser para todos e não será a raça que irá definir, mas sim o talento de cada um.

Fernández também demonstra preocupação quanto a situação de as

peessoas ou grupos realmente necessitem do auxílio de políticas de ação afirmativa, conforme podemos verificar nas palavras da autora:

*Como sucede con cualquier outro tipo de programa de acción positiva, cabe preguntarse si el programa funciona realmente, si existen alternativas viables menos controvertidas, y si es posible dirigirlo a aquellas personas que verdaderamente lo necesitan, sin que su inclusividad sea injusta, bien sea por defecto o por exceso. Estas cuestiones aparecen constantemente en los debates sobre la acción positiva, tanto en el ámbito económico como en el académico. La experiencia de los programas de acción positiva en otras esferas indica que hay muy pocas respuestas generalizables a todo este tipo de cuestiones, ya que todo depende de las especificidades del programa propuesto.*

Para Rios, há um argumento que deve ser verificado relativo a constitucionalidade das ações afirmativas, qual seja "a violação da idéia de justiça social e de dignidade humana presentes na Constituição Federal de 1988", pois nos casos das cotas raciais nas universidades falta ajuste social, quando não se dá aos indivíduos "mútuo reconhecimento entre todos os indivíduos no interior da comunidade", além de, em alguns casos é de ser desconsiderado o critério capacidade para o ingresso.

Mas não é somente a situação de se permitir acesso a integrantes de minorias e que são discriminados que fará com que os mesmos obtenham êxito, os resultados somente aparecerão se efetivamente houver o comprometimento dos envolvidos. As habilidades pessoais sozinhas não são capazes de mudar uma realidade, elas precisam ser trabalhadas e para terem oportunidade de aparecer. Quantos talentos e competência são descartados todos os dias por falta de oportunidades, quantas vidas são interrompidas diante das dificuldades por falta de políticas públicas eficientes.

Também as ações afirmativas podem ser inconstitucionais ou mesmo moralmente não corretas, pois em vista do Princípio da Igualdade pressupor um tratamento igual entre todos os indivíduos. O fato de se discriminar para um sentido negativo, ou um sentido positivo gera o mesmo efeito, pois a discriminação



esta ocorrendo. Assim, a utilização de uma ação afirmativa pode incorrer na inconstitucionalidade, tendo em vista o descumprimento do Princípio da Igualdade.

Pipes descreve as ações afirmativas como uma das formas “mais egrégias de interferência do governo em direitos contratuais de pessoas físicas ou jurídicas”. Segundo o autor, as ações afirmativas surgiram inicialmente como uma forma que, segundo ele, é muito ultrapassada, a de incentivar a não discriminação contra os negros e que foi ampliada posteriormente também para mulheres e incapacitados. Transformando-se, por fim, nas palavras do autor “um veículo de discriminação ao contrário contra brancos e homens”.

Nos Estados Unidos, segundo Pipes:

Nenhuma interferência do governo na vida da sociedade, visando a igualdade racial, foi mais destruidora da liberdade e assim como também contraproducente, do que a prática de raciais de matrículas de crianças na escola. Como aconteceu no caso dos programas de ação afirmativa, a prática foi inicialmente planejada em escala limitada para corrigir erros incontestáveis. Entretanto, em função da disputa pela justiça social, logo foi estendida a outros setores da vida pública. As verbas federais desempenhavam novamente o papel principal neste processo.

De tudo isso, o que se pretende com as ações afirmativas é um tratamento desigual para que seja possível se obter mais adiante uma igualdade entre os indivíduos que antes eram discriminados, contudo até que ponto esse tratamento desigual pode ir sem que acabe por prejudicar e discriminar outrem deve ser muito bem avaliado.

Assim assevera Fernández

*Prima facie la generalidad de las leyes se presenta como una exigencia del principio de igualdad, esto es, que las leyes se establezcan para un destinatario abstracto, no identificable ad personam, que suelen ser el ciudadano en general o, en todo caso, un tipo genérico (el comprador, el vendedor, el menor, el mayor de edad, el funcionario, el administrado, etc.). En este sentido, el principio de igualdad incide sobre la estructura de las leyes, vetando, al menos en principio, las leyes personales. Ahora bien, el principio de igualdad no excluye que excepcionalmente se den leyes ad personam, siempre que esta individualización esté*

*justificada. Las leyes personales no son contrarias al principio de igualdad e inconstitucionales por el mero hecho de serlo, sino que su conformidad o no con el principio de igualdad y, por tanto, su constitucionalidad o no dependen de que estén o no justificadas. El problema se reconduce al de la justificación de las diferencias de trato, que es la segunda gran exigencia y, en realidad, la decisiva que el principio de igualdad impone.*

Para a autora, o Princípio da Igualdade proíbe as desigualdades resultantes de medidas arbitrárias ou sem justificativa.

O assunto realmente é de grande importância e, por isso, não pode ser dado por encerrado, muito pelo contrário, deve ser discutido cada vez mais para que não surjam novas discriminações e com isso injustiças que têm apenas o intuito de se fazer justiça de forma cega, onde se trata todos de forma igual, sem que se leve em consideração o contexto aos quais estão inseridos os indivíduos.

Como ensina Gomes,

Com efeito, por promover alterações em situações jurídicas a muito estabelecidas e tidas por muitos como perfeitamente naturais, qualquer programa de promoção de direitos civis, sobretudo os que de envolvam a chamada discriminação positiva, tem de a arrastar em sua trilha uma boa dose de controvérsia política. Nele invariavelmente se envolvem os três Poderes do Estado, sobre o atento e escrutínio da sociedade civil organizada.

É preciso se buscar um conjunto de políticas que, além de possibilitar a redução das desigualdades sociais, também seja capaz de atender a legislação vigente, para que se evite criar um novo contingente de pessoas vítimas de discriminação, o que só irá perpetuar o problema social. E é essa legislação constitucional que passaremos a analisar, bem como algumas políticas de ações afirmativas já implementadas com o intuito de acabar com as desigualdades.

### **3 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E AS AÇÕES AFIRMATIVAS NO BRASIL**

#### **3.1 Breve evolução das Constituições Brasileiras**

O Princípio da Igualdade perante a lei teve sua concretização positiva diante dos textos constitucionais, adentrando na legislação constitucional de vários países no intuito de garantir "à personalidade humana", o que ocorreu também na legislação nacional.

Assim, como nos demais países, no Brasil a Constituição é a estrutura do Estado, e tende a ser um reflexo da sociedade, pois é feita por ela e para ela.

Dessa forma assevera Leal acerca da Constituição

Significa que a Constituição se encontra imersa num sistema objetivo de costumes, valores e fatos que compõem uma realidade viva e dinâmica, não sendo ela algo separado da sociedade, senão um feixe de normas e princípios que devem refletir não somente sentimento social, mas também a força presente à consciência de uma época e que, por ser uma ordem racional, deve atuar eficazmente, normativamente, sobre a realidade de que é parte.

Analisando a história do Brasil, desde a Constituição Imperial, podemos ter um panorama do Princípio da Igualdade em nossas Constituições, o que possibilita verificar sua evolução ao longo dos anos. O Brasil, durante o período Imperial, teve sua economia baseada na monocultura latifundiária e também no trabalho escravo. Em 23 de junho de 1822 o Príncipe-regente D. Pedro convocou "uma constituinte, para votar o estatuto fundamental do País". Em vista de manifestações para buscar o fim dos laços com Portugal houve a reunião da Assembléia Constituinte entre 2 de maio e 12 de novembro de 1823, mas devido às "Tendências liberais e revolucionárias" D. Pedro I a dissolveu, deixando a cargo do Conselho de Estado a elaboração de um novo projeto, que acabou por originar a Constituição da Monarquia Brasileira, datada de 25 de março de 1824, que foi "outorgada pelo Imperador ao povo".

A Constituição Imperial de 1824 já continha a declaração de que a lei seria igual para todos, embora se saiba que a abolição da escravatura no Brasil só veio a ocorrer no final dos anos de mil e oitocentos.

Até o início da República, a "monarquia constitucional representativa e parlamentar" foi o sistema político brasileiro, e tinha como centro o Imperador que detinha o poder de intervir em todos os conflitos políticos que pudessem vir a causar desequilíbrio no Estado.

A abolição da escravatura se deu através da Lei 3353 e 13 de maio de 1888, mas nem assim se permitiu ao ex-escravo negro a cidadania, e além do fim da escravatura, uma série de outros fatores, como a crise do açúcar, e os problemas entre a monarquia, o exército e o clero, acabaram por gerar uma grande crise no Império e dar origem a uma nova forma de governo, a República.

O Estatuto Fundamental da República foi elaborado na forma de Assembléia Constituinte e deu origem a Constituição Republicana de 24 de fevereiro de 1891 que foi a primeira da República. Contudo, ainda nesta Constituição não se previa a igualdade de raças.

Já a Constituição de 1934, ampliou a idéia de igualdade, previa em seu artigo 113, inciso I que "Todos são iguais perante a lei", ela marcou o fim do governo provisório e sua ditadura, vigeu por aproximadamente três anos. Essa constituição, datada de 16 de julho de 1934 tinha forte influência da Constituição de Weimar, sendo, conforme Ferreira, um reflexo sul-americano dela, passando de uma democracia liberal, para uma democracia social, com aumento da participação do Estado na área econômica, tratando temas como salário mínimo, justiça do trabalho, nacionalização de empresas, sindicalismo, função social da propriedade privada com intervencionismo estatal, entre outros, que foram a base da democracia social, como se pode perceber nas palavras do autor

Porém, essa democracia social era símbolo de um compromisso do constitucionalismo com as novas tendências proletárias, que dormitavam no mundo, e que faziam suas primeiras manifestações coletivas no Brasil.[...]

Mas um Golpe de Estado acabou por criar um novo sistema político, banindo assim o anterior, sendo regido pela Constituição de 10 de novembro de 1937. Dessa forma, criou-se uma ditadura "que se propunha a conciliar os interesses do trabalhismo incipiente com as tendências conservadoras do capitalismo", o que se apresentava muito difícil devido às diferenças das classes sociais envolvidas. Foi uma Constituição que sofreu 21 emendas, conhecidas como leis constitucionais, que nunca chegaram a ser realmente cumpridas.

A Constituição de 18 de setembro de 1946 trouxe um período de calma, "um compromisso social entre a burguesia conservadora e o proletariado socialista", em seu artigo 141, parágrafo 1º rezava que "Todos são iguais perante a lei". Essa constituição teve dezoito anos de vigência, mas no decorrer deste tempo sofreu algumas alterações devido a pressões políticas e sociais demonstrando a "instabilidade da época".

Já a Constituição Federal de 1967, conforme refere Ferreira, foi resultado da consolidação do texto de 1946 e das normas elaboradas desde a revolução de 1964, sendo reescrita de acordo com a "inspiração política" da época, mas que também tinha fundamentos na Constituição de Weimar de 1919, trazendo assim, em seu texto normas relativas a educação, cultura e família. Dessa forma, surgiu a Constituição de 24 de janeiro de 1967, que passou a vigor a partir de 25 de março de 1967.

Bastos descreve que na Constituição anterior a de 1988, a igualdade estava descrita como "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. Será punido pela lei o preconceito de raça. (art. 153, § 1º)", assim é nesta Constituição que primeiramente se faz

referência a punição quanto ao preconceito de raça, passados quase oitenta anos da abolição da escravatura somente nesta constituição é que se verifica uma postura repreensiva diante da discriminação.

Dessa forma, as constituições brasileiras, sempre trouxeram em seus textos a igualdade de todos, no entanto há de se perceber que dependendo do momento histórico que estavam inseridas, essa igualdade entre as pessoas era ampliada ou restringida, principalmente no que se refere a raças, estrangeiros, sexo, analfabetos e pobres. O discurso sempre foi muito bem feito, mas na prática o direito a igualdade não era respeitado.

Utilizamos as palavras de Leal para ratificar a força política das Constituições, bem como seu desdobramento ao longo dos anos:

Carta Política. Lei Máxima. A Constituição, não é de hoje, afigura-se como o instrumento político-jurídico mais importante da organização social, sendo sua superioridade hierárquica amplamente reconhecida. Seus conteúdos e caracteres, contudo, sofreram algumas profundas alterações ao longo do tempo, fruto das influências de cada momento histórico.

De acordo com Leal, é a partir do constitucionalismo moderno que se chega uma idéia mais precisa de Constituição, contudo, isso não quer dizer que não se possa referir aos diferentes Estados em diferentes períodos que possuíam uma Constituição. Além do que, se assimilou a idéia da igualdade diante da lei, vezes mais ampla, vezes mais restrita, contudo adentrando na sociedade, "ora se restringindo pelas exigências do liberalismo burguês, ora se humanizando pela influência do regime socialista".

Em decorrência do objetivo deste trabalho, passaremos a analisar no próximo sub-capítulo, a Constituição Federal e a igualdade nela descrita, a fim de verificar se admite-se tratamentos diferenciados a determinados indivíduos.

### 3.1.1 A Constituição Federal de 1988 e a Igualdade

Muito embora não ter apresentado as características de um processo democrático na sua elaboração, a Constituição Federal de 1988 acabou sendo o resultado de uma transformação cultural vivida no país. Há de se destacar, como faz Leal, que embora apresente vício de origem relativa a eleição, quanto àqueles que receberam a prerrogativa de elaborá-la, houve uma "[...] "legitimação a posteriori" da Constituição, pois a comunidade não gera a Constituição, mas a *adota*".

Assim assevera a autora

Em sua origem, portanto, a Constituição brasileira é democrática e legítima apenas em face de seu conteúdo. A partir do momento, no entanto, em que ela é adotada pela comunidade, que a assume como sua, em sendo a Constituição um processo aberto, quando esse produto originário de um processo não-democrático é apropriado pela sociedade, o resultado de sua evolução pode ser tido, sim, como democrático, suprimindo a sua fragilidade inicial.

Essa interação entre sociedade e Constituição, é necessária, pois é preciso que haja por parte da comunidade a intenção de cumprir a Constituição, e tê-la como ordenamento jurídico, a integração entre ambas é primordial, uma vez que é a sociedade que vai instituir a Constituição e essa é que irá regulamentar aquela, devendo para tanto agir da forma esperada.

Dessa forma, a Constituição Federal de um país deve ser o resultado da vontade de seu povo, de seus anseios e necessidades, um verdadeiro pacto entre os cidadãos, contudo não se deve esquecer que deve ela também estabelecer um mínimo de organização na estrutura nacional.

Para que uma Constituição seja eficaz também deve haver uma coordenação "entre rigidez e mobilidade", tanto é necessário a rigidez em uma Constituição, no que se refere as determinações obrigatórias e com isso garante a estabilidade, como também a abertura, pois é ela que garantirá o acompanhamento das evoluções ocorridas na sociedade, e com isso permitirá

que as mesmas sejam oxigenadas, que respirem novos ares.

O próprio Preâmbulo da Constituição Federal de 1988 já descreve que o Estado deve assegurar a igualdade, e deve ser livre de preconceitos. Apesar de que aqui não se tenha o intuito de discutir a força normativa do Preâmbulo Constitucional, traz ele um viés interpretativo que deve ser utilizado como determinador da interpretação das normas constitucionais, demonstrando, assim, o comprometimento do Estado brasileiro na luta pela inclusão social de todos os indivíduos.

Desde longa data, as Constituições Brasileiras têm garantido o direito ao tratamento igual de todas as pessoas diante da lei, sem qualquer diferenciação de grupos, mas foi a Constituição Federal de 1988 que elevou o Princípio da Igualdade a categoria de direito fundamental, uma vez que está descrito no artigo 5º, que trata dos direitos e garantias fundamentais.

Assim, o Princípio da Igualdade traz uma função condicionadora do ordenamento jurídico, pois todas as normas ali expressas devem sempre ser interpretadas a luz da igualdade de todos perante a lei.

Com a nova redação dada pela Constituição Federal de 1988 ao Princípio da Igualdade, segundo Bastos, além de brevidade, ele ganhou qualidade. Uma vez que, no artigo anterior, havia uma série de critérios que nem a doutrina, nem a jurisprudência consideravam como taxativos, simplesmente por que outras discriminações também poderiam ser inconstitucionais. Assim, a expressão “sem distinção de qualquer natureza” reforça a primeira parte do artigo e não impede que a lei admita distinções, mas sim que não sejam utilizados critérios outros que não aqueles tidos pela legislação como justos e razoáveis.

Podemos verificar tal afirmação nas palavras do autor

O atual artigo isonômico teve transladada a sua topografia. Deixou de ser



um direito individual tratado tecnicamente como os demais. Passou a encabeçar a lista destes direitos, que foram transformados em parágrafos do artigo igualizador.

Esta transformação é prenhe de significação. Com efeito, reconheceu-se à igualdade o papel que ela cumpre na ordem jurídica.

Na verdade, a sua função é de um verdadeiro princípio a informar e a condicionar todo o restante do direito.

Sobre a igualdade entre os indivíduos, Silva Júnior descreve uma série de dispositivos constitucionais que tem por intuito vedar o racismo e a discriminação, como no Preâmbulo da Constituição Federal que refere acerca da contrariedade ao preconceito, o artigo 3º, inciso IV onde observa-se a proibição ao preconceito e também a qualquer outra forma de discriminação, o artigo 4º, VIII que chama a atenção sobre o racismo nas relações internacionais, também o artigo 5º XLI, que estabelece que a lei deve punir a qualquer forma de discriminação que seja atentatório dos direitos e garantias fundamentais, o artigo 5º, XLII que criminaliza a prática de racismo, o artigo 7º, XXX que proíbe a diferença de salários e de critério de admissão por motivo de cor, e finalmente o artigo 227 que atribui ao Estado o dever de colocar a criança a salvo de toda forma de discriminação e repudia o preconceito contra portadores de deficiência.

Richter e Terra também demonstram que a Constituição Federal de 1988 traz inúmeros dispositivos acerca do Princípio da Igualdade:

Em nossa constituição atual, encontra-se a caracterização do Princípio da Igualdade desde o seu preâmbulo, mas suas ramificações vão por todo o texto constitucional. Exemplificativamente podemos citar os seguintes dispositivos: Preâmbulo, art. 3º, e incisos I, II e IV, art. 5º e inciso I, art. 170 e incisos VII e IX, art. 7º e inciso XX, art. 37 e inciso VIII, art. 208 e inciso V, art. 227 e inciso II.

Além dessas preceituações, a Constituição Federal, do modo como dispõe a questão do Princípio da Igualdade, dá margem para que surjam duas formas de interpretações, ou seja, pode-se desprender uma interpretação formal e outra material.

Assim, a igualdade é muitas vezes reafirmada no texto constitucional, como poderemos analisar mais detalhadamente. O artigo 3º, IV da Constituição Federal ao descrever os objetivos da República do Brasil, reforça a idéia de tratamento igual a todos os cidadãos já que salienta que não deve haver preconceito de

origem, raça, sexo, cor, idade, bem como quaisquer outras formas de discriminação.

Um dos grandes feitos desta Constituição é a equiparação entre homens e mulheres, conforme o inciso I, do artigo 5º, mulheres estas, que desde longa data, foram discriminadas e inferiorizadas em relação aos homens, não podendo durante muito tempo gozar dos mesmos direitos. A Constituição Federal buscou vedar qualquer tipo de discriminação sexual, também no que se refere aos homossexuais, reconhecendo não só a igualdade em si, mas também a liberdade e possibilidade de se poder escolher qual orientação sexual que se deseja seguir, sem que isso implique em discriminação.

De acordo com Bastos, a igualdade de direitos só se aperfeiçoa quando se muda a própria cultura da sociedade, além de que homens e mulheres são diferentes biologicamente e psicologicamente. Contudo em vista dessa diferenciação, forçosamente devem possuir direitos que assegurem essas desigualdades, o que não se admite é que sejam elas transpostas para a dignidade jurídica e moral de ambos os sexos, que na verdade devem ser iguais.

Segundo Silva, a Constituição atual também é mais abrangente no que se refere ao preconceito e à discriminação, uma vez que as anteriores previam apenas a raça, o que não é suficiente especialmente em vista da miscigenação. Cabe destacar, também, que o termo raça não atingia discriminações referentes à origem, como exemplifica o autor, como nos casos de discriminações para com nordestinos e pessoas de origem humilde.

No decorrer do texto constitucional, evidencia-se também o elencado no artigo no art. 7º, XXX e XXXI, regras onde se proíbe o estabelecimento de salários diferenciados, bem como diferenciações de exercício de funções e também de critérios de admissões, seja por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil, além de discriminação em relação ao trabalhador que seja portador de necessidades especiais.

Silva remete ainda a discriminação em vista da idade, em casos em que se pagam salários inferiores a jovens, sob o argumento de não estarem preparados para o trabalho, e também para com idosos, em decorrência de sua idade mais avançada. Porém esta discriminação não tem fundamentação especialmente quando o exercício da função é realizado da mesma forma por qualquer pessoa independente da idade. Nesses casos, poder-se-ia até remeter a exploração do trabalho.

Podemos referir ainda o artigo 3º da carta Constitucional brasileira, quando pretende reduzir as desigualdades sociais e que não existam preconceito de origem, sexo, cor, raça idade, ou qualquer outra discriminação, o artigo 206, I que assegura igualdade de acesso e permanência nas escolas, o artigo 24, XIV que prevê a integração de pessoas portadoras de deficiência, entre outros.

A Constituição Federal de 1988 buscou trazer de forma objetiva o Princípio da Igualdade para que pudesse ser compreendido por todos os cidadãos, uma vez que elencam normas que prevêm tratamento igualitário entre todos os indivíduos independente de credo, raça, cor, sexo, etc, e possibilitam tratamento diferenciado àqueles indivíduos que, aos olhos da lei, não são iguais, justamente por estarem em situações diferentes da maioria da população, permitindo que sejam efetivadas, propiciando especialmente o respeito às diferenças.

Embora se verifique na Constituição Federal de 1988 que todos devem ser tratados como iguais perante a lei, o texto constitucional, por outro lado, permite a desigualação contudo há de se verificar se as causas que geram tais equiparações são justas e legítimas. Pois caso seja tratado algum indivíduo de forma diferente quando este não apresente os critérios estabelecidos como necessários para desigualação, está se cometendo um equívoco, e inclusive passível de sanção por parte da legislação em vigor. Esses tratamentos diferenciados podem ser denominados de ações afirmativas, desde que não

venham a ferir a igualdade, como analisaremos a seguir.

### **3.2 Ações Afirmativa e a Igualdade**

Na Constituição Federal há inúmeros dispositivos que vêm a confirmar uma sociedade mais justa, igualitária e livre de preconceitos.

Porém, segundo Menezes a Constituição Federal de 1988 “não contempla uma norma que autorize, expressamente, a prática rotineira e generalizada da ação afirmativa”. Mas embora não se verifique de forma expressa, na Constituição há inúmeros dispositivos que remetem a possibilidade de ações afirmativas como o artigo 7º inciso XX, relativo a proteção do trabalho da mulher, o artigo 37, inciso VIII sobre a reserva de percentual para pessoas portadoras de deficiência, o artigo 215, parágrafo 1º que trata da proteção das culturas indígenas e afro-brasileira e o artigo 5º, parágrafo 2º referente a incorporação de tratados internacionais, que podem ser inclusive sobre ações afirmativas.

Descreve Rios acerca da possibilidade de se implementar as ações afirmativas diante do ordenamento jurídico brasileiro que

Tomando como ponto de partida o conceito de ações afirmativas como medidas que se utilizam de modo deliberado de critérios raciais, étnicos ou sexuais com o propósito específico de beneficiar um grupo em situação de desvantagem prévia ou de exclusão, em virtude de sua respectiva condição racial, étnica ou sexual, deve-se registrar, de início, que tais iniciativas não são desconhecidas no direito brasileiro.

Assim, também o próprio Menezes afirma que o texto constitucional brasileiro traz inúmeras situações que permitem “tratamentos jurídicos diferenciados para grupos sociais, inclusive para corrigir os efeitos decorrentes de ações racistas e discriminatórias” o que torna possível a implementação de políticas de ação afirmativa. Assim, os princípios jurídicos incorporados, possibilitam uma interpretação ampla do Princípio da Igualdade, “afastando-o significativamente da mera *igualdade formal* perante a lei, apesar de o *caput* do art. 5.º, se analisado

isoladamente, sugerir uma orientação restritiva.”

Sobre o fato de que as ações afirmativas podem vir a contrariar o Princípio da Igualdade, Matos refere que é uma leitura enviesada deste, pois acredita que todos são iguais perante a lei, e utiliza-se dos ensinamentos de Martins que descreve que

Todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico perante a lei, em consonância com os critérios albergados do ordenamento jurídico. Desta forma, o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois, o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desiguam, é exigência tradicional do próprio conceito de Justiça.

Dessa forma, a regra na Constituição Federal é a igualdade entre todos, a não ser, conforme Rios, que sejam apresentado motivos suficientes para que haja tratamento diferenciado. O objetivo das ações afirmativas não é tratar de uma ou de outra forma os indivíduos, mas sim utilizar-se de medida que acabem por combater a discriminação. A preocupação então gira em torno das "conseqüências práticas das ações ou omissões estatais"

Diante da falta de maiores regulamentações acerca dos tratamentos diferenciais, o Poder Judiciário acabou por ter que enfrentar o problema sozinho, os litígios ocorrem, mas os legisladores ainda não criaram normas acerca do assunto e como o Executivo não tem embasamento para agir, acaba o Judiciário sendo acionado. Daí surge mais uma grande questão, se nenhum dos outros poderes se disse competente e capacitado para tratar do assunto, é correto jogar decisão tão importante apenas para o Poder Judiciário. A responsabilidade em dizer o direito acaba sendo de um Poder apenas, quando toda a sociedade falhou em discutir, de bater, elaborar e implementar medidas, seja em nível acadêmico através de conferências, ou mesmo levar a mídia para discussão e ouvir a opinião da população.

É de grande valia, a partir disso, destacar que no Supremo Tribunal Federal

que é órgão máximo da federação no intuito de dizer a constitucionalidade das normas no ordenamento brasileiro, apenas em casos específicos trouxe situações de proteção diferenciada aos menos desfavorecidos, o que é aceitável.

Muito embora Supremo Tribunal Federal ainda não tenha se manifestado especificamente acerca das ações afirmativas, há algumas situações que, se julgadas, poderia trazer um panorama acerca do tema que o Min. Relator extinguiu, por julgá-la prejudicada.

E outras, que mesmo de forma transversal acabam por tocar no assunto conforme destaca Rios, o Supremo Tribunal Federal, pelo menos em duas oportunidades, fez menção ao tema das ações afirmativas, numa delas, de forma incidental dois ministros manifestaram-se acerca da compatibilidade e possível adoção de ações afirmativas no direito brasileiro, na outra decisão, destaca ele, houve um exame mais direto acerca do tema.

Da análise da fundamentação e dos votos dos Ministros na Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 1946, sem aqui analisar o mérito, utilizam-se os senhores ministros de argumentos norte americanos contra a discriminação, quais sejam as ações afirmativas, inclusive destacando o artigo 3, III, IV o artigo 5, XLI e o artigo 7, XXX, da Constituição Federal de 1988 como fundamentos para uma não discriminação em vista dos menos favorecidos.

Assim, destacamos parte da manifestação:

Saúdo, assim – pela segunda vez, suponho - , que se esteja explicitamente acolhendo no tribunal a lógica da ação afirmativa como forma de realizar normas e princípios constitucionais, de inspiração isonômica, ainda que programáticos. A ela já aludira o eminente Ministro Octavio Galotti, ao relatar a ADIn MC 1.276: cuidava-se de uma lei paulista que concedia certo benefício tributário a quem empregasse determinado percentual de trabalhadores com idade superior a 40 anos.

Assim, é muito tímida ainda a manifestação dos Ministros do Supremo

Tribunal Federal inclusive em suas fundamentações acerca do tema.

Matos é bastante objetiva quando trata da legalidade da implementação de ações afirmativas

Concluimos que a adoção de ações afirmativas é legal, bem como previsto em códigos internacionais assinados pelo Brasil. Existe um fio condutor histórico que dá forma ao que vivenciamos hoje, de nossas ações não estão soltas, mas vinculadas a uma gama de acontecimentos históricos que possibilitam e autenticam nossos posicionamentos (...)

A autora continua, referindo que, após uma análise da Constituição Federal Brasileira é possível verificar que ela admite “tratamentos normativos diferenciados” desde que se possa, diante do legislador, do Executivo ou de outra autoridade pública, ou mesmo dos particulares, provar que há um nexó razoável entre a providência que se esta adotando e o fim a que se almeja.

Neste sentido, Gomes também refere que é perfeitamente possível se falar de moralidades e também a aceitação constitucional das políticas afirmativas aqui no Brasil.

Cabe destacar, como fez Guimarães, que "Medidas universalistas não rompem os mecanismos iniciais de exclusão", por isso que são tão importantes as ações afirmativas, pois buscam beneficiar de forma geral, aqueles que são excluídos discriminados etc.

Para contrapor aqueles que buscam atacar as ações afirmativas, Guimarães traz o seguinte ensinamento:

Passo a analisar esses argumentos. Em primeiro lugar, há de se ter, muito claro, que aquilo que se pode chamar, em geral, de " políticas públicas para a ascensão social de populações negras", ou "ações afirmativas" tout court não se resume a um tipo especial e particular de política, baseada em "metas" a cumprir, ou cotas a preencher.

Por isso é perfeitamente admissível que nem todas as políticas de ações

afirmativas irão beneficiar uma grande parcela da população, mas sim se espera que atinjam os mais necessitados, conforme refere o autor. Além dessas políticas deve-se buscar outros mecanismos, inclusive as políticas de universalização, que devem ser implementadas no sistema de ensino, no sistema de saúde, problemas de saneamento básico para que também, de forma geral, seja possível atender a toda a população.

#### Nas palavras do autor

Não preciso repetir a justificativa e o respaldo moral, ético e constitucional para tal pleito. Também não acho que se sustente, pelo menos no plano lógico, o argumento de que políticas de exceção (de discriminação positiva), acabem por minar a universalidade dessas normas. Afinal, todos os países democráticos têm aberto exceções para proteger e beneficiar parte de seus cidadãos, sem que tenham, com isso, diminuído sua convicção democrática.[...]

Importante salientar como fizeram os autores Jaccoud e Beghin que as políticas de ações afirmativas não devem ser tidas simplesmente como políticas de combate à pobreza ou de universalização da cidadania mas deve permitir temporariamente o acesso aos discriminados para permitir sua inclusão social.

Segundo Matos já é dada uma atenção especial as ações afirmativas e principalmente as cotas nas universidades para negros, mas ainda é preciso que sejam promovidos debates e diálogos “numa tentativa de aperfeiçoar, alteraram, reformular, adaptar e corrigir possíveis falhas” para que cada vez mais se possa agir no intuito de acabar com os privilégios e não em mantê-los, permitindo uma verdadeira igualdade.

### **3.3 As Políticas Públicas Nacionais**

Não é muito longa a trajetória e discussão das ações afirmativas no Brasil, de forma mais efetiva começaram a tomar espaço somente nos últimos anos. Mas Guimarães nos traz um exemplo de discriminação positiva ocorrida há muito tempo atrás, e que obteve êxito, como é o caso da conhecida Lei de 2/3, na qual



as empresas que estivessem instaladas no Brasil deveriam ter em seus quadros no mínimo 2/3 de trabalhadores nacionais.

Importante destacar, como o fez Menezes, que embora hajam todos estes regramentos constitucionais, só foi possível verificar no Brasil medidas isoladas de que, *a priori*, pode-se chamar de ações afirmativas, as quais acabam por gerar inúmeros controvérsias e questionamentos por parte da sociedade.

Conforme Jaccoud e Beghin, o Brasil aderiu a instrumentos internacionais que buscavam a implementação de políticas compensatórias, como o caso da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as formas de Discriminação Racial, promulgada pelo Brasil, que continha em seu artigo 2º a seguinte descrição:

Os estados signatários tomarão medidas de ação afirmativa conforme necessário para garantir o desenvolvimento e a proteção dos indivíduos pertencentes a certos grupos raciais, com a finalidade de garantir-lhes o pleno e igual desfrute dos direitos humanos.

Importante salientar que os acordos internacionais embora tenham status de lei, não obrigam o Brasil a implementar ações afirmativas, contudo, tem o intuito de reduzir desigualdades sociais, devendo o país a se comprometer, sem conduto indicar, qual a melhor forma de colocar em prática tais ações.

Segundo Guimarães, em julho de 1996, o Ministério da Justiça reuniu em Brasília vários pesquisadores, brasileiros e americanos, e lideranças negras do país, para participarem de um seminário denominado "Multiculturalismo e racismo: o papel da ação afirmativa nos estados democráticos contemporâneos". O autor destaca essa atividade como sendo a primeira vez que o governo brasileiro discutiu políticas públicas voltadas para a população negra em nosso país.

Assim, foi na da década de 90 que começaram a surgir iniciativas de ações afirmativas, mas o debate somente foi intensificado no final daquela década, quando da preparação para a conferência de Durban, inclusive, estimulando a

apresentação de propostas sobre políticas de ações afirmativas.

Sendo assim, a partir da III Conferência Mundial Contra o Racismo, a Discriminação Racial, a Xenofobia e Intolerâncias Correlatas realizada pelas Nações Unidas, que aconteceu em Durban, na África do Sul, em agosto e setembro de 2001, o Brasil passou a discutir internacionalmente as questões que envolviam a discriminação racial, como destaca Gonçalves

A visibilidade das Políticas de Ações Afirmativas surge após a Conferência Internacional, em Durban, na África do Sul, embora já se tenham notícias de ações afirmativas, em várias regiões do Brasil, anteriores a Durban, em áreas não propriamente da educação superior. Um exemplo é a experiência de Santa Catarina. Trata-se de um programa de Ação Afirmativa para formar operadores jurídicos, com capacidade de discutir questões sobre problemas raciais e de prestar assistência jurídica a comunidade negra no combate a discriminação racial.

Mas o autor prefere referir estas situações como iniciativas, pois embora já estivessem ocorrendo ainda estão distante de ser algo efetivo, porém, mesmo assim, não deixaram de ser referências, uma vez que o Brasil foi signatário da declaração daquele fórum.

Verifica-se os ensinamentos de Menezes também para demonstrar que o Brasil, ao longo do tempo, tem se preocupado em dar atenção especial aos grupos menos favorecidos, utilizando-se de certa forma de políticas afirmativas, mas que preferimos tratar por políticas públicas:

É que apesar das dificuldades vislumbradas pelo Presidente Fernando Henrique Cardoso, constam do Programa Nacional de Direitos Humanos, entre outras propostas de ações governamentais, as seguintes:

- com relação à população negra, “desenvolver ações afirmativas para o acesso dos negros aos cursos profissionalizantes, à universidade e às áreas de tecnologia de ponta”, apoiar as ações da iniciativa privada que realizem discriminação positiva” e “formular políticas compensatórias que promovam social e economicamente a comunidade negra”;
- com relação às mulheres, regulamentar a norma constitucional que prevê a proteção do mercado de trabalho (art. 7.º, XX) e “assegurar o cumprimento dos dispositivos existentes na lei 9.029/95, que dá proteção as mulheres contra a discriminação em razão da gravidez”;
- com relação às sociedades indígenas, implementar e assegurar programas de saúde e educação escolar diferenciados, considerando-se as especificidades dessas sociedade;

- com relação às pessoas portadoras de deficiências físicas, propor normas favorecendo o acesso ao mercado de trabalho e ao serviço público (CF, art. 37, VIII);
  - com relação aos idosos, facilitar o acesso destes a cinemas, teatros, shows de música e outras formas de lazer público.
- A questão que naturalmente emerge diante dessas colocações é a de se saber se a utilização da ação afirmativa seria compatível com a Constituição Federal do Brasil.

Contudo, o que se verifica nesta leitura é que se trata de um trabalho bem elaborado, mas que se analisarmos do ponto de vista prático, efetivamente, nem todas estas atividades são realizadas.

Assim, destacamos outras medidas já implementadas no Brasil para que as desigualdades sejam sanadas ou menos reduzidas. Para tanto, nos utilizamos dos apontamentos de Jaccoud e Beghin, e Richter e Terra que trazem inúmeras instrumentos que demonstram situações de caracterização de políticas afirmativas, bem como informações colhidas junto aos Ministérios através da Internet.

Inicialmente verifica-se a Lei 7.668 de 22 de agosto de 1988, a qual instituiu a Fundação Cultural Palmares, que tem como objetivo a promoção e apoio a eventos que buscam a “interação cultural, social, econômica e política do negro no contexto social do país” (artigo 2º, I), bem como identificar áreas remanescentes dos Quilombos e buscar a demarcação e a titulação necessária (artigo 2, III), demonstrando dessa forma, a atenção especial dada a cultura afro.

Também há outras leis que tratam sobre o tema, como a Lei 10.172 de 09 de janeiro de 2001, conhecida como Plano Nacional de Educação, que prevê a necessidade de serem criadas políticas de inclusão as minorias étnicas, e a Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que instituiu um número mínimo de vagas para portadores de necessidades especiais em cargos públicos federais.

Após a Conferência de do Durban, através de Decreto nº 3.952 de 04 de outubro de 2001, do Presidente da República foi criado o Conselho Nacional de

Combate Discriminação, na Secretaria de Estado dos Direitos Humanos e do Ministério da Justiça, que conforme o descrito em seu artigo 2º, tem por objetivo “propor, acompanhar e avaliar as políticas públicas afirmativas de promoção da Igualdade”, bem e proteção dos direitos de indivíduos e de grupos sociais, que sofrem discriminação racial ou outras formas de intolerância.

Já na data de 13 de maio de 2002 em comemoração a abolição da escravatura foi criado através de Decreto Presidencial 4.228 o Programa Nacional de Ações Afirmativas, ligado à Secretaria de Estado dos Direitos Humanos do Ministério da Justiça o qual busca implementar medidas na Administração Pública Federal no intuito de promover a participação de mulheres, pessoas portadoras de necessidades especiais e afro-descendentes.

Assim, foi através deste, que ficou instituído na Administração Pública Federal, o Programa Nacional de Ações Afirmativas, que tem como ações

Art. 2º O Programa Nacional de Ações Afirmativas contemplará, entre outras medidas administrativas e de gestão estratégica, as seguintes ações, respeitada a legislação em vigor:

I - observância, pelos órgãos da Administração Pública Federal, de requisito que garanta a realização de metas percentuais de participação de afrodescendentes, mulheres e pessoas portadoras de deficiência no preenchimento de cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores – DAS;

Diante desse artigo pode-se perceber o viés para a definição de determinados percentuais, também identificados como cotas, para que sejam preenchidos os cargos necessários.

O inciso III do artigo 2º, do decreto acima referido destaca que poderá haver pontuação adicional para aquelas empresas que participarem de licitação junto a Administração Pública Federal, que comprovem que utilizam-se de medidas que tem relação com o Programa de Ações Afirmativas.

Isso também pode ser verificado no artigo 2º. , inciso IV

IV - inclusão, nas contratações de empresas prestadoras de serviços, bem como de técnicos e consultores no âmbito de projetos desenvolvidos em parceria com organismos internacionais, de dispositivo estabelecendo metas percentuais de participação de afro-descendentes, mulheres e pessoas portadoras de deficiência.

Fica bastante claro, na leitura deste Decreto a intenção do Governo Federal em executar medidas de ação afirmativa, contudo elas apresentam poucas variações, direcionando-se basicamente para a definição de percentuais para reserva de vagas específicas.

A Portaria n. 1156 do Ministério da Justiça de 20 de dezembro de 2001 instituiu o Programa de Ações Afirmativas deste Ministério afim de utilizar-se de medidas que buscavam a promoção e também proteção dos afro-descendentes, das mulheres e das pessoas portadoras de deficiência, estabelecendo um percentual como meta a ser atingida a cada um dos grupos acima referidos. Também previa a observância, nas licitações, da contratação de empresas que comprovassem a utilização de ações afirmativas.

O Ministério do Desenvolvimento Agrário também criou, dentro de sua estrutura o programa de ações afirmativas para afro-descendentes nos cargos de direção, organização de concursos públicos e contratação de trabalhadores terceirizados, com cota mínima de 20% para afro-descendentes, sendo o percentual ampliado a partir de 2003 para 30%, além da implementação de planos estaduais de ações e afirmativas para a consolidação do plano nacional. Também a elaboração de atividades com o intuito de promover as ações afirmativas no mercado trabalho privado, sendo este o ponto de partida para que também outros Ministérios como da Justiça, Cultura, Educação e Relações Exteriores utilizassem-se de medidas voltadas para a inclusão de afro descendentes.

O Ministério da Educação editou o Programa Diversidade da Universidade com objetivo de analisar, implementar e promover o acesso ao ensino superior

aos menos favorecidos especialmente afro-descendentes, e índios, além do apoio a programas de alfabetização e um curso supletivo do movimento negro. Também incentivos destinados aos afro-brasileiros especialmente através de material didático, e o apoio a projetos educacionais naquelas áreas remanescentes de quilombos, buscando melhorar a vida dos indivíduos e o desenvolvimento local. O Programa Diversidade na Universidade teve como objetivo possibilitar a inclusão social, étnica e racial, no ensino superior, com um foco bastante específico para afro-descendentes e indígenas.

A Portaria nº 604 de 1º de junho de 2000, tinha por meta criar, no âmbito das Delegacias Regionais de Trabalho, Núcleos de Promoção da Igualdade de Oportunidades e de Combate à Discriminação relativas ao emprego e profissão (artigo 1º).

Tendo como objetivo a instituir de programas educativos para promoção da igualdade de oportunidades (I), estratégias para a eliminação da discriminação em relação ao trabalho (II), estabelecer parcerias com “organizações empresarias, sindicais e não governamentais” para obter maiores informações acerca de vagas para a parcela da população que mais está propícia a ser discriminada(IV), manter banco de dados, relativo a oferta de emprego para portadores de deficiência, para implementação das cotas exigidas pela legislação vigente na seara privada(V), receber denúncias sobre atitudes discriminatórias objetivando resolvê-las ou remeter, caso necessário ao Ministério Público do Trabalho(VI).

O Ministério da Cultura também utilizou-se de ações no sentido de mobilizar o movimento negro na busca de alistar comunidades que não se encontravam cadastradas, além de colher maiores informações dentre as já conhecidas, também a criação de projetos para o desenvolvimento das comunidades quilombolas em parceria com Estados e Municípios, além da implementação de programas de ações afirmativas para que os cargos de direção, de

assessoramento, e os contratos com terceiros para que tenham uma meta de participação de 20% de afro-descendentes.

Como fazem as autoras Jaccoud e Beghin , é importante salientar que o próprio Supremo Tribunal Federal considerou constitucional as ações afirmativas tanto que incrementou algumas medidas, sendo que em 21 de dezembro de 2001, estabeleceu o programa de adoção de cotas para negros, mulheres e portadores de necessidades especiais nas empresas prestadoras de serviço ao Supremo Tribunal Federal.

Inclusive também houve a discussão do Estatuto da Igualdade Racial, movimento liderado pelo senador Paulo Paim com o objetivo de “auxiliar em assuntos referentes à educação da população negra”.

Inúmeras foram as medidas adotadas, porém cabe analisar se realmente foram bem planejadas e efetivamente tem atingido seus objetivos. Guimarães, citando Sérgio da Silva Martins, refere que com a Constituição Federal de 1988 se reconheceu a desigualdade material por que passam alguns indivíduos, a partir daí o Estado se colocou positivamente frente a esta situações, propondo medidas, que buscam sanar as desigualdades.

O Brasil ainda carece de maiores regulamentações acerca do assunto especialmente para situações cotidianas que parecem não infringir normas descritas na Constituição Federal, mas que no momento de serem colocadas em prática, acabam por se tornar até mesmo inconstitucionais. É necessário um esforço dos três poderes para que tais ações sejam implementadas de forma correta e não venham trazer maiores prejuízos a população.

É preciso também uma maior diversificação quanto a forma de implementação das Ações Afirmativas, como se verifica no seguinte ensinamento:

[...] é importante lembrar, contudo, que as políticas de ação afirmativa

não se limitam à implantação de cotas os campos da educação, do mercado de trabalho ou da comunicação. Tais políticas são mais amplas, e o debate em torno desse assunto deve ser realizado considerando a necessidade, de um lado, de incluir ações afirmativas não ancoradas em sistemas numéricos, e, de outro, de associar as ações afirmativas a outras políticas, em especial àquelas de combate ao racismo e preconceito racial.

As ações afirmativas são medidas, como já vimos, bastante amplas, que não devem preocupar-se apenas com percentual, mas com uma gama de assuntos relacionados ao bem estar da população e seu igual tratamento.

Certamente a situação de as ações afirmativas no Brasil terem uma conotação mais voltada para a população negra, deve-se ao fato de que é de conhecimento e de todos que os negros foram em ainda continuam sendo discriminados, têm menos acesso a educação de qualidade e por isso acabam conseguindo empregos que exigem menores qualificações, e porque também, os negros são discriminados em vista de sua cor e de estereótipos que a própria sociedade criou, dentre eles o fato de não ser tão bem visto como os brancos, sendo muitas vezes tachados por adjetivos desfavoráveis que denigrem sua imagem, e que são inverídicos.

Assim, são os negros os maiores destinatários das ações afirmativas, a discriminação que mais se tem conhecimento é a racial, em vista de sua forma velada acaba por atingir o grande número de pessoas, além da grande questão social que envolve.

Todas as medidas destacadas acima se apresentam dentro da legalidade, justamente por isso podem e devem ser implementadas. Não se pode mais falar simplesmente em direitos, mas sim garantias, segundo Bonavides, há direitos de sobra, na Constituição, pois não falta educação, saúde, emprego, mas falta o fundamental, suas garantia de efetividade.

E é isso que se busca dessas ações, que saiam do papel e tornem-se realidade garantindo assim a igualdade de acesso a todos os cidadãos.



### **3.4 A discussão acerca das cotas**

As ações afirmativas são o gênero, enquanto as cotas são espécie, e esse tem sido o grande impasse da sociedade, não saber a distinção entre ambas e a forma como funcionam e produzem seus resultados.

Rios esclarece que ao lado da expressão ações afirmativas são associadas “as idéias de cotas, objetivos, tratamentos preferenciais, discriminação inversa e discriminação benigna”. A expressão “tratamentos preferenciais” é uma das mais utilizadas, pois não tem uma associação com conotações pejorativas, muito embora trata de uma preferência, e esta pode ser tanto justa como injusta.

No Brasil, a ação afirmativa mais conhecida refere-se ao sistema de cotas, que é apenas uma das suas modalidades. O governo norte-americano, em especial, adota outros mecanismos como oferta de treinamentos para membros de grupos discriminados, buscando corrigir os desequilíbrios existentes e criação de políticas de contratação e promoção, levando-se em conta fatores ligados a grupos minoritários que se pretende beneficiar.

Ações afirmativas não se reduzem a cotas. Não são sinônimos. Segundo Guimarães a equiparação é feita principalmente por aqueles que são contrários as ações afirmativas, uma vez que o sistema de cotas "ignora e contraria a noção de mérito e valor individual", assim não seria o indivíduo privilegiado por seus méritos, mas sim os pertencentes aos grupos que perceberiam um percentual relativo ao total da população.

Nesse sentido, prega Carvalho

As ações afirmativas evidentemente não se restringem às cotas. Elas talvez sejam o tipo mais dramático de ações afirmativas, que é reservar um conjunto definido de vagas. [...].

Gonçalves salienta que não se pode reduzir a discussão sobre Ações afirmativas a simples cotas, pois é uma discussão da qual se fica refém, destaca o autor que a discussão é muito atraente, mas na prática as cotas acabam por ser medidas de caráter emergencial sem maiores resultados. Há de se perceber que o sistema de cotas também soa como impositivo, já que devem ser determinadas quantas pessoas portadoras de deficientes devem obrigatoriamente ocupar cargos ou qual o número de pessoas negras, que devem no mínimo estar presentes em uma classe universitária.

Destacamos, de forma bastante breve a reserva de cotas para alunos negros nas universidades, e também a reserva de vagas para pessoas portadoras de necessidades especiais em concursos públicos e ingresso nas empresas privadas, tudo com o objetivo de serem sanadas discriminações que acabavam por deixar estes cidadãos a margem da sociedade.

### **3.4.1 Reserva de vagas para ingresso nas universidades para alunos negros**

Desde o período do Brasil colonial os negros vivem em uma "situação de subalternidade", e embora a abolição da escravatura já tenha ocorrido há muito tempo o sistema continua a marginalizá-los, chegando ao ponto de se confundir as características do trabalho com a própria cor da pele, ou seja, o escravo era negro.

Guimarães destaca a questão em torno das diferenças dos grupos

Apesar do fato de todos os grupos humanos considerarem "naturais" as características pelas quais ele se diferenciam, uns dos outros, e ademais de estarem todos submersos em situações de desigualdade de poder, de direitos e de cidadania, o fato é que as teorias e os critérios empregados para distinguir os grupos não são sempre os mesmos, nem têm, todos, os mesmos fundamentos e as mesmas conseqüência.

Desde o final da década de 90 começaram a surgir iniciativas de ações afirmativas voltadas para a inclusão de alunos negros e afro-descendentes nas universidades. Porém, a partir da III Conferência Mundial contra o Racismo, a

Discriminação Racial, a Xenofobia e Intolerâncias Correlatas, realizadas em 2001, pelas Nações Unidas, que aconteceu em Durban, na África do Sul, o Brasil comprometeu-se internacionalmente em acabar com a discriminação racial.

Muito embora tenham havido esforços ao longo dos anos, ainda ocorrem situações de tratamento desigual na sociedade, conforme pode-se perceber pela afirmação de Silva:

Nele se encontra, também, o reconhecimento de que o preconceito de origem, raça, e cor especialmente contra os negros não está ausente das relações sociais brasileiras. Disfarçadamente ou, não raro, ostensivamente, pessoas negras sofrem discriminação até mesmo nas relações com entidades públicas.

Realmente há de se perceber, conforme destacou Munanga, que as mudanças decorrentes de ações afirmativas não agradariam a todos, especialmente por que estamos em uma sociedade eminentemente racista, mas que “nunca assumiu seu racismo”, e é esta a condição principal para que se inicie um trabalho de políticas afirmativas, que não vem a solucionar todos os problemas em um primeiro momento, mas que trazem resultados muitas vezes a médio e longo prazo.

Neste sentido assevera Matos

A elaboração e aplicação de políticas públicas aceleram o processo de democratização nas relações entre brancos e negros. Exemplos historicamente dados comprovam que a equidade nas formas de participação social caminha muito lentamente, portanto, torna-se necessária a criação de programas que visem eliminar o racismo, com toda a sociedade mobilizada para reparar e compensar historicamente o discriminação secular experimentada pelo segmento marginalizado.

Há inúmeras universidades no Brasil que estão se utilizando do sistema de cotas para permitirem o ingresso de afro-descendentes em seus bancos acadêmicos, e não se pretende aqui fazer qualquer apontamento específico sobre estas universidades, nem mesmo discutir os percentuais por elas utilizados, apenas estaremos trazendo a conhecimento, de forma genérica, alguns

apontamentos acerca de tais medidas.

Assim, no que se refere a reserva de vagas nas universidades para alunos negros, inúmeros são os argumentos para que tais políticas não sejam implementadas, como o fato de que conforme Munanga alunos brancos pobres estariam se passando por afro-descendentes para assim conseguir uma vaga. Também sob o argumento de que a implementação de cotas não deu certo nos Estados Unidos, que foi o primeiro país a implantá-las e também um dos primeiros a desistir. Bem como o fato das cotas poderem prejudicar a imagem daqueles que seriam os beneficiados, pois ficariam com o estigma de que entraram na universidade por um esforço que não foi próprio, como se alguém perdesse sua dignidade em consequência de uma política que tem por intuito beneficiar um grupo em vista das inúmeras discriminações já sofridas.

Também o autor refuta a opinião de alguns responsáveis por universidades públicas que temem a diminuição na qualidade e também no nível de ensino da universidade, tendo em vista que “eles não têm as mesmas aquisições culturais dos alunos brancos”. Contudo, esquecem que as cotas não visam incluir nas universidades aqueles que não tem conhecimento, mas sim os que por motivos alheios não conseguem ter acesso.

Entretanto, há situações sim, que trazem argumentos convincentes frente a reserva de vagas nas universidades, as quais devem ser muito bem observadas para que as políticas implementadas não venham a causar maiores discriminações, como é o caso da situação econômica, conforme podemos verificar:

Num país onde os preconceitos e a discriminação racial não foram zerados, ou seja, onde os alunos brancos pobres e negros pobres ainda não são iguais, pois uns são discriminados uma vez pela condição socioeconômica e outros discriminados duas vezes pela condição racial e socioeconômica, as políticas ditas universais, defendidas sobretudo pelos intelectuais de esquerda e pelo atual ministro da Educação, não trairiam as mudanças substanciais esperadas para a população negra. Como

disse Habermas, o modernismo político nos acostumou a tratar igualmente seres desiguais, em vez de trata-los de modo desigual. Daí a justificativa de uma política preferencial no sentido de uma discriminação positiva, sobretudo quando se trata de uma medida de indenização ou de reparação para compensar as perdas de cerca de 400 anos de décalage no processo de desenvolvimento entre brancos e negros. É nesse contexto que colocamos a importância da implementação de políticas de Ação Afirmativa, entre as quais a experiência das cotas que, pelas experiências de outros países, se afirmou como um instrumento veloz de transformação, sobretudo no domínio da mobilidade socioeconômica, considerada como um dos aspectos não menos importantes da desigualdade racial.[...].

Neste sentido, então, não se pode admitir outro tipo de discriminação, qual seja, a de que os negros mais pobres e que possuem menores condições de acesso a escola serão prejudicados em vista daqueles que tem condições de freqüentar uma boa escola, ou que pela situação econômica em que se encontram, e em vista de não precisarem trabalhar, dispõem assim de mais tempo dedicado aos estudos. Outro ponto que não pode ser esquecido, conforme Salla e Terra é que não basta somente assegurar o acesso as universidades se os mesmos não terão no futuro possibilidade de continuar as freqüentando, em vista da jornada de trabalho que precisam desenvolver e manter não só os estudos, mas também o sustento da família.

Embora se possa perceber no Brasil uma certa mobilidade social entre os não brancos, como Hasenbalg denomina os negros, em grande parte eles exercem ocupações inferiores àquelas que lhe permitiria sua escolaridade, da mesma forma que seus filhos têm dificuldades em preservar a posição sociável, nas palavras do autor "a abertura da estrutura social para a mobilidade social ascendente é inversamente relacionada à negritude da pigmentação da pele". Assim, as novas gerações de não brancos, geralmente estão em posição de desvantagem em vista da própria discriminação racial sofrida no passado e em consequência da baixa posição social que ocuparam não conterão condições de ter uma mobilidade social insatisfatória.

Dessa forma, assevera o autor

Em termos de oportunidades da mobilidade social ascendente, o grupo não-branco experimenta uma dupla desvantagem. A primeira deve-se à sua baixa origem social e a segunda advém da desvantagem competitiva, sofrida do nascimento até a morte, que resulta da adscrição racial.[...].

Segundo Hasenbalg pode-se perceber no dia-a-dia que os não-brancos, "estão expostos a um "ciclo de desvantagens cumulativas" em termos de mobilidade social intergeracional e intrageracional."

Mas também são as cotas, consideradas a forma mais eficiente de permitir, pelo menos nos bancos acadêmicos que haja igualdade. E que seria uma forma de garantir o acesso às universidades, uma vez que conforme sabemos hoje, isso não vem ocorrendo já que somente os mais bem qualificados conseguem notas suficientes para entrar em uma universidade não paga, esses, na maioria das vezes são aqueles que têm condições de freqüentar e pagar cursos preparatórios para o vestibular.

Importante referir que a Câmara dos Deputados aprovou em 20 de novembro de 2008 Projeto de Lei (que terá que passar ainda pelo Senado) que reserva 50 % das vagas oferecidas pelas universidades federais. Neste percentual estão inseridos alunos provenientes de escolas públicas, que nelas cursaram integralmente o ensino médio e também aqueles candidatos que se auto-declararem negros, pardos ou índios, proporcionalmente a população de cada estado. O projeto que já tem gerado inúmeras discussões faz referência, em vista de emendas, a questão da renda familiar.

Assim, a inclusão de negros na universidade, tendo como critério único a raça, não é a melhor forma de produzir igualdade, pois pode-se estar acabando com uma discriminação e iniciando outra. Não é a raça que define a capacidade intelectual de cada um, também não é a situação econômica que irá definir esta capacidade, mas com certeza o critério de seleção será mais justo, já que sob o argumento de que se dará acesso àqueles que são menos favorecidos economicamente, pois são estes comprovadamente que terão menos

oportunidade de freqüentar uma universidade, seja por que não freqüentam uma boa escola, ou por que precisam trabalhar e assim dispõem de pouco tempo para o estudo.

Segundo Guimarães, no Brasil há o entendimento que se vive numa democracia racial e que se comparados a outros povos somos tidos como civilizados, contudo a se destacar que "o racismo é um tabu", pois nosso país não experimentou "nem a segregação, ao menos no plano formal, nem conflitos raciais", e que por isso desde a abolição da escravatura tem se dito que no Brasil não existe racismo.

Nesse sentido

Assim é o racismo brasileiro: sem cara. Travestido em roupas ilustradas, universalista, tratando-se a si mesmo como anti-racismo, e negando, como anti-nacional, a presença e integral do afro-brasileiro ou do índio-brasileiro. Para este racismo, o racista é aquele que separa, não o que nega a humanidade de outrem; desse modo, racismo, para ele, é o racismo do vizinho (o racismo americano).

Segundo Carvalho negar que no Brasil existe discriminação quanto a raça e referir que não há necessidade da utilização de medidas de discriminação positiva é "negar a existência de uma injustiça crônica que se instalou no país há mais de cem anos do Oiapoque ao Chuí".

Conforme Teodoro, assim como nas questões raciais diante de outros problemas que afetam a sociedade cabe aos governantes que são eleitos pelo povo bem como os líderes de movimentos sociais, unirem esforços na busca por soluções para os inconveniente que afetam a harmonia da vida em sociedade.

Destaca o autor que

[...] O racismo deve ser combatido em nome de princípios democráticos e humanitários, por via da promoção da igualdade de direitos, do respeito às diferenças individuais e grupais, pela promoção de ações afirmativas e

medidas legais e as iniciativas compensatórias e reparadoras. [...].

No Brasil as desigualdades raciais ainda são enormes, baseadas no monopólio dos brancos. Segundo Gomes, não se viu no Brasil, ainda efetivamente, a medidas que buscassem extinguir a discriminação racial e permitir a inclusão dos negros, pois as “medidas até hoje propostas não passam de meras artimanhas diversionistas que só se sustentam em razão da fragilidade organizacional da comunidade negra”.

As cotas são apenas um dos instrumentos, essa reserva de vagas é uma das formas de se possibilitar o acesso a determinados locais, de pessoas, que provavelmente sem este auxílio não teriam condições de alcançá-los.

Assim, a política de cotas é voltada a indivíduos pertencentes a grupos marginalizados, especialmente no intuito de mudar o quadro histórico de discriminação, definindo um determinado percentual de vagas a serem preenchidas, conforme Bernardino refere

A política de cotas estipula um percentual de vagas que deverá ser preenchido por membros de grupos marginalizados para reverter desvantagens históricas resultantes de processos discriminatórios. As atuais propostas de ação afirmativa para as universidades brasileiras têm optado por esta forma. [...] Assim, para que não restem dúvidas, as ações afirmativas são noções mais amplas baseadas no princípio da equidade, ao passo que as cotas, as políticas de preferência e de permanência são formas de operacionalização deste princípio.

Entende, por isso, o autor, que são as ações afirmativas a forma mais ampla do Princípio da Igualdade, sendo as cotas, uma forma de operacionalização das mesmas.

Engana-se aqueles que acreditam que as ações afirmativas buscam combater apenas as desigualdades raciais, recompensar os negro pelas discriminações cometidas no passado. Elas vão muito além, visam melhorar a vida de todas as pessoas pertencentes a minorias que são discriminados seja por seu sexo, sua idade, sua condição física ou psíquica, sua classe social e também por



sua cor.

Ainda mais que, como refere Munanga por mais que o racismo contra negros nos Estados Unidos não tivesse diminuído, ainda assim, as cotas lá utilizadas, possibilitaram uma maior mobilidade social para os grupos, especialmente os negros.

### **3.4.2 Reserva de vagas no mercado de trabalho para portadores de necessidades especiais**

As pessoas portadoras de necessidades especiais também são alvo do discriminação, o que acaba por impedir muitos de participar do mercado de trabalho, gerando assim, uma exclusão social ainda maior, a falta de conhecimento e a falta de acesso a educação para a busca de uma qualificação profissional acabam resultando num contingente de pessoal que teria plenas condições de realizar determinadas atividades e que acabam sendo isolados do convívio social por falta de acesso.

Diferentemente da situação da reserva de vagas para alunos afro-descendentes nas universidades, no Brasil já existem normas que regulamentam a questão da inclusão dos portadores de necessidades especiais na sociedade e especialmente no mercado de trabalho, contudo, as políticas públicas que estão sendo implementadas ainda são em número reduzido e talvez venham a criar mais problemas do que efetivamente incluir o portador de necessidades especiais na sociedade.

Todos devem ser tratados igualmente, contudo a casos como os portadores de necessidades especiais que precisam ser desigualdades para poderem ter as mesmas condições das pessoas ditas como normais. As cotas são apenas um dos instrumentos, essa reserva de vagas é uma das formas de se possibilitar o acesso a determinados locais, de pessoas, que provavelmente sem este auxílio

não teriam condições de alcançá-los.

Assim asseveram Salla e Terra

Há acirradas contendas a respeito de cotas diferenciadoras que objetivam reservar número de vagas a determinados grupos e ou classes seja para ingresso na universidade, carreira pública e até mesmo no exercício profissional das empresas privadas, constituindo-se estas em ações afirmativas”, sem, no entanto, ter-se ainda devidamente delineado o que são efetivamente essas cotas, se estas apresentam realmente sinonimidade para com as ações afirmativas e a possibilidade de implementação dessas como políticas públicas desprovidas do caráter discriminatório negativo.

A legislação tem por finalidade que sejam garantidos os direitos as pessoas portadoras de necessidades especiais como o Decreto número 914, de 6 de setembro de 1993, que institui “a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência” que traz regras afim de assegurar aos portadores de necessidades especiais o pleno exercício dos direitos individuais e sociais. Contudo apesar destes esforços ainda não foram atingidos resultados satisfatórios.

Para os concursos públicos federais a Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que dispõem sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, traz em seu artigo 5, quais são os requisitos básicos para que uma pessoa seja investida em cargo público, e no seu parágrafo 2º dispõem acerca das pessoas portadoras de deficiência, conforme podemos perceber:

Art. 5º São requisitos básicos para investidura em cargo público:

- I - a nacionalidade brasileira;
- II - o gozo dos direitos políticos;
- III - a quitação com as obrigações militares e eleitorais;
- IV - o nível de escolaridade exigido para o exercício do cargo;
- V - a idade mínima de dezoito anos;
- VI - aptidão física e mental.

§ 1º As atribuições do cargo podem justificar a exigência de outros requisitos estabelecidos em lei.

§ 2º Às pessoas portadoras de deficiência é assegurado o direito de se inscrever em concurso público para provimento de cargo cujas

atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que são portadoras; para tais pessoas serão reservadas até 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas no concurso.

Então, no caso de concursos federais, devem ser asseguradas vinte por cento das vagas para pessoas portadoras de deficiência. Assim, os portadores de deficiência têm o direito de se inscrever em qualquer concurso público para o qual sua deficiência não seja impedimento para o exercício da função, ou seja, que tenha condições de exercer as atividades propostas para o cargo. Há de se destacar que em concursos públicos realizados em outras esferas governamentais este percentual é variável, de um local para outro, dependendo da legislação.

As empresas privadas também devem obedecer a critérios determinados para a admissão de portadores de necessidades especiais, porém os percentuais ainda são bastante reduzidos já que devem ser calculados a partir do número de empregados da empresa.

A maior parte das empresas se encontra dificuldades para cumprir a legislação, especialmente porque a falta de profissionais especializados, o que faz com que acabem por selecionar candidatos não tão bem qualificados, mas que tenham o perfil mais aproximado do que estão precisando. E depois é que a empresa acaba por treinar internamente os funcionários, o que acaba por gerar mais custos.

A crise no mercado de trabalho para portadores de necessidades especiais é resultado sim, da falta de qualificação e de acesso a escolas técnicas para a preparação deste contingente de pessoas. Falta estrutura para que as pessoas portadoras de necessidades especiais mais graves sejam inseridas no mercado de trabalho, acabando sendo contratadas apenas as com deficiências mais leves.

Não é só o fato de permitir acesso a integrantes de minorias e que são discriminados que se fará com que os mesmos obtenham êxito, os resultados somente aparecerão se efetivamente houver o comprometimento dos envolvidos. As habilidades pessoais sozinhas não são capazes de mudar uma realidade, elas

precisam ser trabalhadas e terão oportunidade de aparecer. Quantos talentos e competência são descartados todos os dias por falta de oportunidades, quantas vidas são interrompidas diante das dificuldades por falta de políticas públicas eficientes.

Os portadores de necessidades especiais tem direito à educação pública e gratuita assegurada por lei, inclusive com direito a adaptação às suas necessidades em escolas especiais, conforme estabelecido nos artigos 58 e seguintes da Lei Federal n.º 9.394, de 20 de dezembro de 1996, e com certeza é esta educação que irá dar condições para que uma pessoa portadora de deficiência consiga participar de um concurso público e ser aprovado, para somente depois ser beneficiado pelo sistema de cotas.

Contudo, cabe destacar que as cotas relativas aos portadores de necessidades especiais são praticamente inexistentes, enquanto outras cotas, como as dos negros nas universidades enfrentam acirrados debates.

O problema com as quotas, embora rotulado, é que elas são basicamente discriminatórias porque tornam a consecução de algo desejável dependente não das qualificações pessoais de um indivíduo, mas da origem em um grupo racial, étnico ou de sexo. Esta não era a intenção daqueles que esboçaram a legislação, mas ela evoluiu inevitavelmente dessa maneira, porque de outra forma a legislação teria sido irrevogável.

As cotas, ao serem estabelecidas deve basear-se em estudos para que possam dar subsídios para que a sociedade seja mais justa e igualitária, acabe por não criar novos pontos de discriminação e descontentamento. Não é admissível que ao se buscar ampliar a participação das minorias, acaba-se por ter um agravamento do para as desigualdades, com outros grupos.

Embora muitos sejam as iniciativas para que haja uma verdadeira inclusão social, ainda não conseguimos o efetivo cumprimento do que determinam as constituições, "não são poucos os homens e mulheres que continuam sem ter acesso às iguais oportunidades mínimas de trabalho e, de participação política, de

cidadania criativa e comprometida, deixados que são a margem da convivência social ter toda experiência democrática na sociedade política" todos aqueles que não mantêm os mesmos estereótipos como os definidos como ideais são marginalizados.

Não é apenas o acesso ao mercado de trabalho que torna os portadores de necessidades especiais excluídos, mas as próprias condições dos meios de transportes coletivos, as opções de esporte e lazer, fazem com que esse cidadãos sejam privados de direitos assegurados constitucionalmente.

Diante desses argumentos refere Bernardino que

[...] As ações afirmativas são necessárias e urgentes para superarmos a cultura racista existente na nossa sociedade. Ao propormos estas medidas, não desconsideramos a necessidade de uma reforma profunda nas nossas universidades e uma reconstrução do nosso país. As ações afirmativas são o primeiro passo. Todavia, jamais podem ser pensadas como o último.

Teodoro refere que outro fato importante apontamento sobre aqueles que são atingidos e de forma imediata quando o governo federal decide que sai reduzir maciçamente os investimentos na área da educação e habitação e saúde. Logicamente é sempre a mesma parcela da população que é atingida, ou seja aqueles que vivem à margem da sociedade, que fazem parte de um longo processo de exclusão social.

Não é mais possível se admitir desigualdades de tratamento entre os seres humanos devido a sua classe social, raça, condição física ou religião, a precariedade dessas situações, porém, não dá carta branca para que sejam utilizadas medidas que venham a gerar mais desigualdade se descontentamentos, estamos tratando de vidas humanas, que não podem ser revividas, com histórias pessoais que não podem ser recontadas. Por isso a cautela na implementação de ações afirmativas, que se por um lado podem restabelecer a ordem e a justiça para determinadas pessoas ou grupos, de outra parte, podem causar maiores

problemas para outros setores da comunidade.

## CONCLUSÃO

O Princípio da Igualdade passou, ao longo de muitos anos, por diversas modificações, no decorrer do tempo a sociedade se modificou e evoluiu e juntamente com ela o Princípio da Igualdade, tornando a igualdade mais pura e não tão encrusteda de ressalvas como era inicialmente.

Com a evolução da sociedade, também atitudes que privilegiavam os indivíduos devido as suas condições sociais, foram sendo banidas e a sociedade acabou por se tornar mais correta, mais coesa e mais humana. Todavia, ainda hoje, depois de toda uma trajetória de luta, desafios e debates, ainda há aqueles que encontram-se excluídos da sociedade.

As grandes desigualdades vivenciadas, desde a constituição da sociedade, têm trazido à tona inúmeros grupos e entidades que têm por intuito a luta pela inclusão social, os quais nem sempre têm atingido resultados satisfatórios, mas que começam a despertar na sociedade a necessidade de tomada de decisões e posicionamentos que visam auxiliar os excluídos na implementação de seus direitos.

É necessária a inclusão daqueles que sempre estiveram à margem da sociedade, não se pode mais admitir que ainda existam pessoas que não podem desfrutar de seus direitos, principalmente porque a Constituição Federal de 1988 descreve a busca pela inclusão de todos os indivíduos. Precisamos de instrumentos que venham a promover a inclusão social e em consequência reduzir as desigualdades. Estimular iniciativas que promovam e apoiem a inserção social, pois a igualdade é condição primeira para uma sociedade democrática.

As ações afirmativas surgem como políticas que visam acabar com desigualdades e desigualdades pelas quais vem passando as minorias ao longo dos anos. Está se falando de um momento histórico em que se tem permitido e

olhado de forma diferente as minorias, dando a elas o direito a muito garantido na teoria, mas nunca colocado em prática efetivamente. Portadores de necessidades especiais, mulheres, jovens, idosos, negros, pobres e tantos outros excluídos têm buscado seus espaços e lutado pela inclusão social. Por isso é importante destacar que tratamento igual refere-se à condição de cada um, refere-se à oportunidade de acesso.

O Princípio da Igualdade, descrito tantas vezes na Constituição Federal de 1988, não pode ser visto como impedimento de políticas afirmativas, é preciso antes de mais nada que se analise o caso concreto, pois este princípio ao referir que todos são iguais perante a lei, não impede que se trate de forma desigual os desiguais, até por que daí sim teríamos discriminações. Assim também como não se pode admitir que para implementação de ações afirmativas haja a violação do Princípio da Igualdade, de forma nenhuma um pode anular o outro, tratam-se de sistemas que precisam funcionar lado a lado, ou seja, só podem ocorrer as ações afirmativas quando hajam argumentos relevantes e pertinentes para que existam tratamentos desiguais, e isso realmente se verifica quando os indivíduos não encontram-se em igualdade perante a lei.

Considerando a explanação realizada neste trabalho, e tendo em vista as inúmeras discussões em torno das ações afirmativas, especialmente as críticas, cabe destacar que não há violação ao Princípio da Igualdade descritos na Constituição Federal de 1988, uma vez que não se permite que desiguais sejam tratados como iguais, pois possibilitar tratamento igualitário para grupos ou pessoas que estejam em situações diferentes será um retrocesso.

Justamente por isso que as ações afirmativas não violam o Princípio da Igualdade, uma vez que têm por intuito tratar de forma desigual aqueles que são desiguais e que pertencem a grupos minoritários vítimas de discriminação, relativos a critérios como raça, sexo, classe social, compleição física, saúde mental, entre outros, por que se fosse ao contrário, daí sim estaríamos cometendo



uma grande injustiça.

Dessa forma, as ações afirmativas são instrumentos que possuem características peculiares atingindo grupos vítimas de exclusão, e a temporariedade, que embora referida por alguns autores como desnecessária, nos parece ser o principal requisito. Trata-se de característica fundamental para a utilização das ações afirmativas, pois a vigência, de benefícios para determinados grupos, com o passar do tempo, pode originar maiores prejuízos e dentre eles uma nova discriminação em relação àqueles que não foram contemplados com as ações afirmativas.

Assim, as verdadeiras ações afirmativas se compõem de medidas que permitem um tratamento desigual sem que, com isso, venham a violar o Princípio da Igualdade descrito na Constituição Federal de 1988. Existe, portanto, possibilidade de convivência pacífica. Mas, para isso, é necessário que essas medidas não sejam arbitrárias e que possam ser justificadas e compreendidas pela sociedade como a melhor forma de redução das desigualdades sociais, desde que não busquem atingir somente as conseqüências, mas sim tentar acabar com as situações problemáticas.

As ações afirmativas devem contribuir para que os índices de exclusão social sejam reduzidos, de nada adianta medidas que venham a gerar debates e discussões se na prática não tiverem resolutividade. Não bastam projetos muito bem planejados teoricamente, mas que no momento de serem aplicados não objetivam procedimentos de inclusão, e por outra via ainda, causem maior desconforto para o restante da população.

Critérios mal estabelecidos ou com o simples intuito de compensar erros cometidos no passado tendem a criar um ambiente em que o tratamento desigual poderá gerar revolta no restante da população em vista das disparidades que passam a admitir, além de que são violadores do Princípio da Igualdade.

Não se trata de ser contrário as ações afirmativas mas sim de sinalizar que, da forma como vem se apresentando algumas medidas intituladas de ações afirmativas, podem contrariar o Princípio da Igualdade. A questão vai mais além, usar discriminação para igualar não é a melhor idéia, deveria se pensar em políticas sérias e ampliação da rede de ensino federal com qualidade, de oportunizar cursos preparatórios para o mercado de trabalho, de políticas de apoio para os portadores de necessidades especiais.

Reduzir espaço de um indivíduo ou grupo para alocar o outro, é diminuir a igualdade, é ferir o Princípio Constitucional, muito diferente de se criar condições para que ambos tenham acesso, e daí sim a partir de sua condição igualitária possam “disputar” a tal vaga almejada. Impor a igualdade sem a devida justificação e de forma arbitrária não é critério aceito pela Carta Constitucional Brasileira. Embora de certa forma justificáveis, tais ações são também arbitrárias, e como verificamos, arbitrariedades são proibidas.

Mas negar que existe discriminação e diferenças consegue ser tão prejudicial quanto se utilizar de medidas que buscam reduzi-las. Fingir que os problemas não existem acaba por tornar uma sociedade apenas de fachada sem nenhum comprometimento social. Também não é a tolerância entre raças ou classe que deve estabelecer os limites de convivência, deve-se ir muito mais além, tratando-se de capacidade de convivência mútua.

Contudo, o que se tem verificado é uma grande confusão em torno do que são as ações afirmativas e o que é o sistema de cotas, cabe destacar que as segundas são uma forma de como podem ser apresentadas as primeiras, mas não são sinônimos. Até porque as cotas apresentam inúmeras críticas em vista seus critérios e indivíduos que se beneficiam, deixando, muitas vezes, a desejar quanto a questão da praticidade e da própria justiça.

Pode-se perceber na própria explanação do capítulo terceiro que passada a preocupação inicial de as ações afirmativas, de forma genérica, violarem o Princípio da igualdade descrito na Constituição Federal de 1988, surgem dúvidas acerca da questão das cotas, pois nem sempre seus critérios apresentam-se como compatíveis com a igualdade que deve existir entre todos os indivíduos.

Então, o que se verifica é uma situação pacífica em relação as ações afirmativas de forma geral, e também para com as cotas no mercado de trabalho para portadores de necessidades especiais, que estão livres de maiores controvérsias, inclusive contando com o apoio da população, enquanto que em torno das cotas nas universidades para negros há inúmeras críticas. Dessa forma a análise que se faz é de que o problema não são as cotas em si, mas sim como são aplicadas e quem são os beneficiários.

No que se refere as cotas relativas à reserva de vagas para negros nas universidades são alvo de inúmeras discussões, e cabe aqui fazer o registro que de são os negro merecedores de todo tipo de apoio especialmente porque estão buscando e lutando pelo acesso à universidade e melhores qualificações para o trabalho, mas que está claro o desvio de rota dessas cotas. Não se pode esquecer que não só cor da pele é motivo de exclusão, mas principalmente situação econômica, que não permite a muitos indivíduos o acesso aos bancos escolares, e que uma considerável parcela, para não dizer a maioria da população negra, encontra-se nas classes sociais inferiores, seria o caso, então, de relacionar ambos os critérios.

Por isso precisamos deixar muito claro que o problema das cotas não é porque são para negros, mas sim porque não contempla e seus requisitos temas relativos às questões sociais. Nem todas aquelas pessoas que discordam de um programa de cotas são totalmente contra, muitas vezes o que ocorre, é que não concordam com o alguns pontos ou itens que podem ser facilmente verificados.

As cotas, a nosso entender, não são a melhor forma de se implementar as ações afirmativas, pois muitas vezes diante dos critérios estabelecidos atualmente, têm gerado conflito e dado benefícios àqueles que nem sempre são os mais necessitados.

Reduzir ações afirmativas a cotas é a forma mais fácil de se criar uma política de aparências sem resultados efetivamente práticos. Ações afirmativas são muito mais amplas, abarcam um universo enorme de medidas, desde que tenham um fim de incluir minorias que são discriminadas. Elas buscam a inclusão através de políticas de formação, treinamentos e também de criação de vagas, mas desde que estruturadas e embasadas em uma série de critérios. A falta de informação e conhecimento leva muitas vezes a se confundir as duas, as primeiras são mais amplas enquanto a segunda são apenas uma das formas das primeiras.

No Brasil, pelo menos diante dos casos verificados de instrumentos utilizados para inclusão de grupos minoritários parecem ser muito mais políticas públicas, que visam compensar erros e servir de paliativo, do que instrumentos de políticas de ações afirmativas. Percebe-se que se está preocupado apenas em modificar o quadro de desigualdade atual, porque se utilizam somente da criação de vagas especiais, quando na verdade se deveria estar preocupado com ações que buscam o treinamento e qualificação profissional, gerando a verdadeira inclusão social e obediência ao Princípio Constitucional da Igualdade.

O que existe hoje no Brasil, na maioria das vezes, é uma preocupação em reservar cotas para determinados números de pessoas, solucionar o problema de grupos específicos, mas esquece-se que após decorrido certo lapso temporal, devem elas ter fim, e daí o resultado será frustrante, pois as vagas serão extintas e as pessoas voltaram a sua posição de exclusão.

O sistema de cotas é uma forma interessante, o problema é que tem sido

baseado em critérios que a princípio não têm se mostrado como os mais acertados. Na teoria são maravilhosos, mas na prática muitas vezes houve uma preocupação demasiada com a raça e acabou se esquecendo da questão econômica. Mas também as cotas não devem ser reduzidas simplesmente a um fator social, não podemos ser hipócritas a ponto de negar a discriminação sofrida pelos negros e negar-lhe algum direito compensatório simplesmente alegando questão social.

E agora, ao término deste estudo, podemos verificar que o Brasil está iniciando seu processo legislativo no sentido de regulamentar as cotas nas universidades, pois foi aprovado o Projeto de Lei na Câmara dos Deputados no mês de novembro passado. Porém já se criticava que os critérios utilizados por algumas universidades não apresentavam estudos e cuidados relativos a escolha dos critérios. Esses problemas estão se repetindo na legislação que será encaminhada para o Senado. Já estamos verificando não só na Câmara dos Deputados, mas na mídia e nas conversas cotidianas, discussões acaloradas acerca do assunto.

Ainda não conseguimos definir a questão de cotas para alunos nas universidades, e inúmeras outras situações batem a nossa porta buscando soluções. São necessárias maiores regulamentações legislativas, baseadas em estudos, a fim de cumprir o Princípio da Igualdade. Avanços se têm percebido em inúmeras situações, contudo há muito a fazer para que a igualdade descrita na Constituição Federal de 1988 seja efetivamente cumprida, e que os desfavorecidos sejam incluídos na sociedade.

Enganam-se aqueles que acreditam que as ações afirmativas buscam combater apenas as desigualdades raciais, recompensar os negros pelas discriminações cometidas no passado. Elas vão muito além, tem caráter redistributivo e visam melhorar a vida de todas as pessoas pertencentes a minorias que são discriminados seja por sexo, idade, condição física ou psíquica,

classe social e também pela cor.

As justificativas são fundamentais para adoção e implementação de ações afirmativas, são necessários argumentos justos e convincentes. Medidas genéricas sem um mínimo de análise nas situações concretas, só virão a desconsiderar o que refere a Carta Constitucional Brasileira de 1988, e não é porque uma pessoa tem piores condições financeiras, deficiências físicas ou diferenciação na cor da pele que pode ser tratada sem a observância do Princípio da Igualdade.

A inércia do poder público, ao longo dos anos favoreceu, a ampliação do quadro de desigualdades sociais que necessita ser urgentemente canalizado e barrado, não basta pôr a culpa no passado, pois no dia-a-dia estamos alimentando o aumento da marginalização dos grupos minoritários.

A idéia é criar mecanismos de análise, momentos de discussão, para que se encontre o ponto certo. Medidas que agradam um lado e desagradam o outro, nem sempre são bem-vindas, é preciso achar o ponto de equilíbrio. Pois enquanto possa existir qualquer indício de que o Princípio da igualdade descrito na Constituição Federal de 1988 possa estar sendo violado, não se devem adotar medidas de ação afirmativa. Discriminar para um lado ou para outro não deixa de estar discriminado, beneficiar um grupo ou um indivíduo às custas de outro, infringe sim o Princípio da Igualdade.

É necessária uma tomada de consciência no sentido de que as empresas privadas, o poder público e a população em geral se dêem conta de que a composição das classes sociais dos bancos universitários, dos melhores empregos apresenta na grande maioria das vezes somente uma cor, e porque não dizer, em alguns casos, somente um sexo. São fatos verificados diariamente por todos nós, e se ainda não foram modificados é porque certamente as medidas que estão sendo tomadas não tem surtido efeito ou tem sido apenas parciais.

A sociedade tem que estar preparada para receber e tratar o contingente de cidadãos que nela convivem, por isso a importância de serem buscadas formas cada vez mais eficazes para que todos sejam realmente tratados como iguais, logicamente dentro de suas igualdades, mas que acima de tudo as minorias não sejam excluídas pelo simples fato de serem diferentes. Para uma sociedade democrática é necessária a participação de todos e isso significa que não deve haver discriminação ou preconceitos para nenhum grupo. Precisamos estar preparados para tratar com a diversidade.

Nada melhor que a participação efetiva da sociedade, dando sugestões, discutindo as questões referentes a exclusão social para que se possam elaborar projetos de mecanismos que têm por intuito a melhora do arcabouço social. Para que se mude a situação da sociedade atual, é preciso que sejam alterados os comportamentos, hábitos, costumes, a cultura, os privilégios e os modelos atuais da sociedade.

Importante referir que a proposta das ações afirmativas são muito interessantes, contudo, deve-se analisar a forma como serão planejadas e elaboradas, pois propostas cuidadosamente planejadas e voltadas para a realidade da sociedade em que estão inseridas certamente irão auxiliar para que ocorra a tão almejada inclusão social e igualdade entre todos. Permitindo assim a convivência pacífica entre as ações afirmativas e o Princípio da Igualdade, estabelecido na Constituição Federal de 1988, sem que se verifiquem violações.

## REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Martim. *Da Igualdade: Introdução e Jurisprudência*. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

ALTAVILA, Jayme de. *Origem do Direito dos Povos*. 5. ed. São Paulo: Ícone, 1989.

BARBOSA, Júlio César Tadeu. *O que é justiça*. São Paulo: Abril Cultural: Brasiliense, 1984.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro In: \_\_\_\_\_(Org). *A nova interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BERNARDINO, Joaze. O Debate sobre Ações Afirmativas para Negros na Sociedade Brasileira: Argumentos a Favor. In: SILVA, M. da, GOMES, U. J. (Org.). *África, afrodescendência e educação: entidade produtora do texto Associação Pérola Negra (Goiânia)*. Goiânia: Ed. UCG, 2006, p. 69-85.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 16. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2005.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7%C3%A3o.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7%C3%A3o.htm)>. Acesso em: jun. 2007 a nov. 2008.

\_\_\_\_\_. Decreto n. 3.952 de 04 de outubro de 2001. *Dispõe sobre o Conselho*



*Nacional de Combate à Discriminação - CNCD*. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/dec3952.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2008.

\_\_\_\_\_. Decreto n. 4.228 de 13 de maio de 2002. Institui, no âmbito da Administração Pública Federal, o Programa Nacional de Ações Afirmativas e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/D4228.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4228.htm)>. Acesso em: 15 nov. 2008.

\_\_\_\_\_. Decreto n. 914, de 6 de setembro 1993. *Institui a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência e dá outras providências*. Disponível em: <<http://www.legislação.planalto.gov/legislacao.nsf/websearch?openagent&tipo=DEC&codigo=914&ementa=2&data=1>>. Acesso em: 24 jun. 2007.

\_\_\_\_\_. Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990. *Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais*. Disponível em: <<http://www.legislação.planalto.gov/legislacao.nsf/websearch?openagent&tipo=LEI&codigo=8112&ementa=2&data>>. Acesso em: 24 ju. 2007.

\_\_\_\_\_. Lei n. 7.668 de 22 de agosto de 1988. *Autoriza o Poder Executivo a constituir a Fundação Cultural Palmares - FCP e dá outras providências*. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/ListaReferencias.action?codigoBase=2&codigoDocumento=132210>>. Acesso em: 15 nov. 2008.

\_\_\_\_\_. Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996. *Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional*. Disponível em: <<http://www.legislação.planalto.gov/legislacao.nsf/websearch?openagent&tipo=LEI&codigo=9.394&ementa=2&data>>. Acesso em: 24 jun. 2007.

\_\_\_\_\_. Portaria n. 1156 do Ministério da Justiça, de 20 de dezembro de 2001. Disponível em: <[http://www.mp.ba.gov.br/atuacao/cidadania/gedef/legislacao/portaria\\_1156\\_01.asp](http://www.mp.ba.gov.br/atuacao/cidadania/gedef/legislacao/portaria_1156_01.asp)>. Acesso em: 15 nov. 2008.

\_\_\_\_\_. Portaria nº 604, de 1º de junho de 2000. Disponível em: <[http://www.mte.gov.br/legislacao/Portarias/2000/p\\_20000601\\_604.asp](http://www.mte.gov.br/legislacao/Portarias/2000/p_20000601_604.asp)>. Acesso em: 15 nov. 2008.

\_\_\_\_\_. Projeto de Lei que trata da reserva de vagas nas Universidades Federais. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/Sileg/Prop\\_Detalhe.asp?id=15013](http://www.camara.gov.br/Sileg/Prop_Detalhe.asp?id=15013)>. Acesso em 21 nov. 2008.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.2976-2/SP, julgada em 29 de agosto de 2002. Ministra Ellen Gracie (relatora). Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/porta1/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 24 jul. 2007.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.946-5/DF, julgada em 29 de abril de 1999. Ministro Sydney Sanches (relator). Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/porta1/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 24 jul. 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed. Livraria Almedina: Coimbra, Portugal, 2000.

CARVALHO, José Jorge de. Ações Afirmativas para negros na pós-graduação, nas bolsas de pesquisa e nos concursos para professores universitários como resposta ao racismo acadêmico. In: In: VIEIRA, A. L. da C.; SILVA, P. B. G.; SILVÉRIO, V.R. (Org.). *Educação e ações afirmativas: entre a injustiça simbólica e a injustiça econômica*. Brasília: INEP, 2003. p. 161-190.

\_\_\_\_\_. Inclusão étnica racial no Ensino Superior: um desafio para as Universidades Brasileiras. In: NUNES, Margaret Fagundes (Org). *Diversidade e políticas: diálogos e intercursos*. Novo Hamburgo: Feevale, 2005, p. 21-40.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*. Elementos da filosofia Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1999.

COMPARATO, Fábio konder. *A Afirmação histórica dos Direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CUNHA JR., Henrique. As estratégias de combate ao racismo. Movimentos Negros na escola, na Universidade e no pensamento brasileiro. In: MUNANGA, Kabengele. *Estratégias Políticas de Combate à Discriminação Racial*. São Paulo:

Editora da Universidade de São Paulo: Estação Ciência, 1996, p. 147-156.

DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Tradução Jussara Simões. Revisão técnica e tradução Cícero Araújo, Luiz Moreira. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

\_\_\_\_\_. *Uma questão de princípio*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ESCOTT, Clarísse Monteiro. Desigualdades Raciais e Ensino Superior no Brasil. In: NUNES, Margaret Fagundes (Org). *Diversidade e políticas: diálogos e intercursos*. Novo Hamburgo: Feevale, 2005, p. 41- 49.

FERNÁNDEZ, Encarnación. *Igualdad y Derechos Humanos*. Madrid: Tecnos, 2003.

FERNÁNDEZ-LARGO, Antônio Osuna. *Pilares para a fundamentação dos direitos humanos*. Tradução Clovis Gorczewski. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2006.

FERREIRA, Luís Pinto. *Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1983. v. 1.

\_\_\_\_\_. *Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1983. v. 2.

FICHMANN, Roseli. Educação, democracia e a questão dos valores culturais. In: MUNANGA, kabengele (Org). *Estratégias e Políticas de combate à discriminação racial*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo: Estação Ciência, 1996, p. 177-194.

GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença: Estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade: (O Direito como instrumento de transformação social)*. A experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GONÇALVES, Luis Alberto Oliveira. Ações Afirmativas no Brasil. In: GOMES, N. L.; MARTINS, A. A. (Org). *Afirmando direitos: acesso e permanência de jovens negros na universidade*. Belo Horizonte: Autêntica, 2004, p. 99-104.

GORCZEVSKI, Clovis. *Direitos humanos: dos primórdios da humanidade ao Brasil de hoje*. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2005.

GUIMARÃES, Antônio Sérgio Alfredo. O acesso de negros às universidades públicas. In: In: VIEIRA, A. L. da C.; SILVA, P. B. G.; SILVÉRIO, V.R. (Org.). *Educação e ações afirmativas: entre a injustiça simbólica e a injustiça econômica*. Brasília: INEP, 2003. p. 193-215.

\_\_\_\_\_. *Racismo e Anti-racismo no Brasil*. São Paulo: Fundação de apoio à Universidade de São Paulo: Ed. 34, 1999.

HASENBALG, Carlos Alfredo. *Discriminação e desigualdades raciais no Brasil*. Tradução de Patrick Burglin. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.

JACCOUD, L. de B.; BEGHIN, N. *Desigualdades Raciais no Brasil: um balanço da intervenção governamental*. Brasília: IPEA, 2002.

KYMLICKA, Will. *Ciudadanía multicultural: una teoría liberal de los derechos de las minorías*. Barcelona: Paidós, 1996.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *A Constituição como princípio: os limites da jurisdição constitucional brasileira*. Barueri, São Paulo: Manole, 2003.

MALACHIAS, Antônio Carlos (Colab.) [et. al]. *Políticas de promoção da igualdade racial na educação: exercitando a definição de conteúdos e metodologias*. São Paulo: CEERT, [200-?].

MATOS, Luciana de Oliveira Dias. Ação Afirmativa: Superando Desigualdades Raciais no Brasil. In: SILVA, M. da, GOMES, U. J. (Org.). *África, afro-descendência e educação: entidade produtora do texto Associação Pérola Negra (Goiânia)*. Goiânia: Ed. da UCG, 2006, p. 59- 67.

MENDES, G. F.; COELHO, I.M.; BRANCO, P. G. G. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MENEZES, Paulo Lucena de. *Ação afirmativa (Affirmative action) no direito norte-americano*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MUNANGA, Kabengele. O anti-racismo no Brasil. In:\_\_\_\_\_(Org.) *Estratégias e Políticas de Combate à Discriminação Racial*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo: Estação Ciência, 1996, p. 79-194.

\_\_\_\_\_. Políticas de Ação Afirmativa em benefício da população negra no Brasil – Um ponto de vista em defesa de cotas. In: GOMES, N. L.; MARTINS, A. A. (Org.) *Afirmando direitos: acesso e permanência de jovens negros na universidade*. Belo Horizonte: Autêntica, 2004, p. 47-59.

PIPES, Richard. *Propriedade e liberdade*. Tradução de Luiz Guilherme B. Chaves e Carlos Humberto Pimentel Duarte da Fonseca. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 313-330.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

RICHTER, D.; TERRA, R. B. M. da R. B. Ações afirmativas: inclusão ou exclusão social? In: COSTA, Marli M.M. (Coord.). *Direito, Cidadania e Políticas Públicas II- Direito do cidadão e dever do Estado*. Porto Alegre: Free Prees, v.2, 2007. p. 137-153.

RIOS, Roger Raupp. Ações afirmativas no Direito Constitucional brasileiro: reflexões a partir de debate constitucional estadunidense. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Jurisdição e direitos fundamentais: anuário 2004/2005/ Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul - AJURIS*. Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura: Livraria do Advogado Ed., v. 1, t. 1, 2006, p. 281-302.

SALLA, D. M., TERRA, R. B. M. R. B. Ações afirmativas: cotas universitárias, um afronte ao princípio da igualdade? In: GORCZEVSKI, Clovis (Org.). *Direito e Educação*. Porto Alegre: UFRGS, 2006, p. 207-229.

SANTOS, Hélio. Uma visão sistêmica das estratégias aplicadas contra a discriminação racial. In: MUNANGA, kabengele (Org). *Estratégias e Políticas de Combate à Discriminação Racial*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo: Estação Ciência, 1996, p. 113-120.

SCURO NETO, Pedro. *Sociologia Geral e Jurídica: Manual dos Cursos de Direito*. 5. Ed. Reform. São Paulo: Saraiva, 2004.

SILVA JR., Hédio. Ação afirmativa para negros(as) nas universidades: a concretização do princípio constitucional da igualdade. In: VIEIRA, A. L. da C.; SILVA, P. B. G.; SILVÉRIO, V.R. (Org.). *Educação e ações afirmativas: entre a injustiça simbólica e a injustiça econômica*. Brasília: INEP, 2003. p. 99-114.

\_\_\_\_\_. *Anti-racismo-coletânea de leis brasileiras: federais, estaduais e municipais*. São Paulo: Editora Oliveira Mendes Ltda., 1998.

\_\_\_\_\_. *Discriminação racial nas escolas: entre a lei e as práticas sociais*. Brasília: UNESCO, 2002.

SILVA, Antonio Carlos Arruda da. Questões legais e racismo na história do Brasil. In: MUNANGA, kabengele (Org). *Estratégias e Políticas de Combate à Discriminação Racial*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo: Estação Ciência, 1996, p.121- 132.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2005, p. 91-229.

SOWEL, Thomas. *A ação afirmativa ao redor do mundo: um estudo empírico*. Tradução de Joubert de Oliveira Brízida. Rio de Janeiro: UniverCidade Editora, 2004.

TEODORO, Maria de Lourdes. Elementos básicos das políticas de combate ao racismo brasileiro. In: MUNANGA, kabengele (Org). *Estratégias e Políticas de Combate à Discriminação Racial*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo: Estação Ciência, 1996, p. 95-111.

TUSHNET, Mark. Regras da Corte Suprema Norte Americana sobre Ação

Afirmativa. Tradução Martha Goya. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Jurisdição e direitos fundamentais: anuário 2004/2005/ Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul - AJURIS*. Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura: Livraria do Advogado Ed., v. 1, t. 1, 2006, p. 303-320.

# Livros Grátis

( <http://www.livrosgratis.com.br> )

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)



[Baixar livros de Literatura](#)  
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)  
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)  
[Baixar livros de Matemática](#)  
[Baixar livros de Medicina](#)  
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)  
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)  
[Baixar livros de Meteorologia](#)  
[Baixar Monografias e TCC](#)  
[Baixar livros Multidisciplinar](#)  
[Baixar livros de Música](#)  
[Baixar livros de Psicologia](#)  
[Baixar livros de Química](#)  
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)  
[Baixar livros de Serviço Social](#)  
[Baixar livros de Sociologia](#)  
[Baixar livros de Teologia](#)  
[Baixar livros de Trabalho](#)  
[Baixar livros de Turismo](#)